



UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE



UNIVERSITE DES SCIENCES JURIDIQUES ET  
POLITIQUES DE BAMAKO

## RÉVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES DE BAMAKO (REMASJUPE)

NUMERO SPECIAL- Décembre 2019 N° 7

Sous la direction de Bakary Camara et Mamadou L. Dembélé

### I- DROIT PRIVE

Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats

Akono Adam RAMSES

Le contrat à l'épreuve de l'ordre public économique en droit malien

Boubou KEITA

Le droit pénal malien à l'épreuve du phénomène de la corruption

Issiaka CISSE

La mise en œuvre des mécanismes de la justice transitionnelle à l'épreuve du droit pénal malien

Yamalou DOLO

### II- DROIT PUBLIC

Le multilatéralisme à l'épreuve de la conditionnalité européenne des droits de l'homme et de la démocratie en Afrique

Atchou Sodjada ESSOUSSO

Le développement humain durable à l'aune de la dégradation environnementale au Mali

Yamadou CAMARA

La commande publique au Mali : entre violations et inefficacité

Nouhoum TANDINA

La fonction législative dans la réforme de l'Etat : la contribution de la Commission des finances

Abdoulaye FOFANA

### III- SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES

Les pouvoirs du chef de l'Etat du Mali de 1960 à 1990

Issouf TOURE

La laïcité à l'épreuve des faits religieux et de l'extrémisme violent au Mali

Jermie COULIBALY

Transparence et processus électoral au Mali

Awa SAMAKE

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole



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

**NUMERO SPECIAL**



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° 7 – décembre 2019

NUMERO SPECIAL

Sous la direction de  
Bakary Camara  
et Mamadou L. Dembélé

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**

**ISBN : 978-2-36170-208-3  
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  
Pr Mamadou BADJI

**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

Comité scientifique et comité de lecture

- 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
- Laurent AGBENOTO

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 3<sup>ème</sup> cycle en politiques internationales et d'un master of art en géopolitique (*International Security/Affairs*). Il est directeur 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, le pluralisme juridique, en histoire du droit et des institutions, et les conflits en Afrique de l'Ouest. Adresse Web : <http://www.bakarycamara.ml/>

Mamadou L. DEMBELE est maître de conférences agrégé du CAMES à la Faculté de droit Public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB). Docteur de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis du Sénégal et lauréat du cycle supérieur de l'Ecole nationale d'administration de Rabat, au Maroc. Il est actuellement coordinateur-adjoint du Laboratoire d'études et de recherches en droit, décentralisation et développement local et chef du département d'enseignement et de recherche (DER) histoire du droit, des institutions et anthropologie juridique de l'USJPB. Le professeur Dembélé a à son actif plusieurs travaux académiques, articles et communications scientifiques.



## TABLE DES MATIERES

### I– DROIT PRIVE

REFLEXIONS SUR LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT OHADA DES CONTRATS Dr Akono Adam RAMSES.....	15
LE CONTRAT A L'EPREUVE DE L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE EN DROIT MALIEN Boubou KEITA.....	87
LE DROIT PENAL MALIEN A L'EPREUVE DU PHENOMENE DE LA CORRUPTION Issiaka Cisse.....	129
LA MISE EN ŒUVRE DES MECANISMES DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE A L'EPREUVE DU DROIT PENAL MALIEN Yamalou DOLO.....	185

### II– DROIT PUBLIC

LE MULTILATERALISME A L'EPREUVE DE LA CONDITIONNALITE EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA DEMOCRATIE EN AFRIQUE Atchou Sadjada ESSOUSSO.....	231
LE DEVELOPPEMENT HUMAIN DURABLE A L'AUNE DE LA DEGRADATION ENVIRONNEMENTALE AU MALI Yamadou CAMARA.....	287

## Table des matières

LA COMMANDE PUBLIQUE AU MALI : ENTRE VIOLATIONS ET INEFFICACITE Tandina NOUHOUM.....	331
LA FONCTION LEGISLATIVE DANS LA REFORME DE L'ETAT : LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION DES FINANCES Abdoulaye FOFANA.....	367
<b>III – SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES</b>	
LES POUVOIRS DU CHEF DE L'ETAT DU MALI DE 1960 A 1990 Issouf TOURE.....	403
LA LAÏCITE A L'EPREUVE DES FAITS RELIGIEUX ET DE L'EXTREMISME VIOLENT AU MALI Jermie COULIBALY.....	441
TRANSPARENCE ET PROCESSUS ELECTORAL AU MALI. Awa SAMAKE.....	495

- I -

DROIT PRIVE



## REFLEXIONS SUR LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT OHADA DES CONTRATS

**Akono Adam RAMSES,**

*docteur en droit, enseignant-chercheur à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun*

### **Résumé**

La théorie de l'imprévision est une question fondamentale de la théorie générale des contrats. Elle propose que soit reconnu aux juges un pouvoir de modification du contenu contractuel lorsque les circonstances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution excessivement difficile. Sa consécration ou non par un Etat est devenue un élément d'attractivité économique. Le législateur OHADA n'est pas resté indifférent à l'évolution et au mouvement généralisé en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision.

La présente étude met en exergue le traitement réservé par le droit positif et prospectif OHADA à la théorie de l'imprévision. De ce traitement, il ressort que, d'une part, *de lege lata*, la théorie de l'imprévision est immergée, implicite et dissimulée dans certains standards juridiques, mécanismes et pouvoirs des acteurs du contrat reconnus en droit OHADA. Sous le masque de ceux-ci, se glisserait imperceptiblement la théorie de l'imprévision. D'autre part, elle est émergée de *lege ferenda*, un avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, déposé au secrétariat permanent de l'OHADA depuis novembre 2015 consacre explicitement la théorie de l'imprévision. La lecture et l'analyse méticuleuse des dispositions qui organisent cette théorie font

apparaître une conciliation des exigences de liberté, de sécurité juridique, de flexibilité et de justice contractuelle.

**Mots clés :** *Imprévision, juge, bonne foi, cause, révision, résiliation.*

1. S'il est sujet d'un intérêt sans cesse rebondissant en droit des contrats, la théorie de l'imprévision en constitue indubitablement un. Le nombre important des travaux scientifiques consacré à cette question indique à suffisance l'attrait qu'elle suscite auprès de la doctrine<sup>1</sup>. Un auteur n'avait-il pas raison d'affirmer par une formule

---

<sup>1</sup> Plusieurs auteurs se sont intéressés à la question de la théorie de l'imprévision, v. notamment, VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse, Nancy 1922 ; FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse Dijon 1921 ; FOULON, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, thèse, Paris 1938 ; AUVERNY BENNETOT, *La théorie de l'imprévision*, thèse, Paris 1938 ; C. M. POPESCU, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français*, thèse, Paris 1937 ; BARREYNE, *L'évolution et la crise du contrat*, thèse, Bordeaux 1937 ; Ch. BESSON, *La force obligatoire du contrat et les changements de circonstances*, thèse, Lausanne 1955 ; EL GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, thèse, Paris 1967 ; A. S. TERMANINI, *Théorie de l'imprévision, étude historique et comparative de droit musulman ; son application dans le droit positif des pays arabes*, thèse, Beyrouth 1964 ; ZAKI, *L'imprévision en droit anglais*, thèse Paris 1930 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Préf. A. SERIAUX et R. BOUT, PUAM 1994 ; C. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in *Les concepts contractuels du droit français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz 2003 ; p. 175 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse, Université de Paris-I-Panthéon-Sorbonne 2009 ; J. L. MOURALIS, *Imprévision*, Répertoire Dalloz, janvier 2012 ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Jauffret* 1974, p. 211 ; Stefan MARTIN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *Les Cahiers de droit*, Volume 34, Numéro 2, 1993, p. 599 ; D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges à la Mémoire d'Alain Sayag*, 1997, p. 403 ; C. MENARD, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du

aussi évocatrice que célèbre que « c'est des eaux calmes d'un canal qu'a surgi, il y a maintenant cent-dix-sept ans, un des plus beaux serpents de mer du droit privé français : la théorie de l'imprévision »<sup>2</sup> ? L'intérêt porté sur ce sujet se trouve davantage renouvelé à l'observation de la dernière réforme du droit commun

---

juriste », *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup>*, LGDJ 2001, p. 661 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, n° 01, p. 67 ; L. AYNES, « L'imprévision en droit privé », *RJ com.* 2005, p. 397 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJCA*, juin 2015, p. 262 ; même auteur, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* avril 2016 n° Hors-série, p. 30 ; J. D. PELLIER, « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, novembre 2015, n° 228, p. 8 ; N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G*, n° 52, 21 décembre 2015, 1415 ; R. CABRILLAC, « L'article : 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, n° 3, p. 771 ; Y. PICOD, « Les charmes discrets de l'imprévision à la française », *AJCA* 2015, p. 441 ; Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, (s/dir.) Ph. STOFFEL-MUNCK, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73 et s. ; H. LE NABASQUE, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », *BJS* 2016, n° 09, p. 538 ; M. MEKKI, « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, janvier 2017, act. 155 ; même auteur, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G*, n° 49, décembre 2010, doct. 1219 ; « Hardship et révision des contrats 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G*, n° 50, décembre 2010, doct. 1257 ; D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, juin 2005, n° 129, p. 4 ; Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », in Dossier spécial, *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* 2016, n° 2, p. 373 ; K. WOLOU, « Nouvel éclairage sur le refus de révision du contrat pour imprévision », *Revue togolaise des sciences juridiques (RTSJ)*, n° 0000 janvier-juin 2011 ; M. ADAMOU, « La révision judiciaire du contrat consécutive à une clause d'imprévision », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, supplément au n° 34, 2015, p. 5.

<sup>2</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., p. 1, n° 1.

français des contrats<sup>3</sup>. L'une des innovations phares de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est l'admission de l'imprévision en droit privé français. Plus précisément, la consécration, après moult hésitations de la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision. Cette possibilité pour le juge de réviser le contrat en cas de changement des circonstances ayant présidé à sa formation rendant son exécution excessivement difficile pour l'une des parties a été maintenue par la loi de ratification de

---

<sup>3</sup> Pour une étude globale de cette réforme, v. notamment, D. MAZEAUD, « Réforme, vous avez dit réforme ? », *JCP G*, n° 9-10, 29 février 2016, 243 ; « Présentation de la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 23 février 2016, n° 8, p. 15 ; H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016. 247 ; B. DONDERO, « La réforme du droit des contrats – Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E* n° 19, 12 mai 2016, 1283 ; A. BENABENT et L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016. 434 ; M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016. 494 ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 91, p. 10 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz 2016 ; Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Lexis nexis 2016 ; O. DESHAYES, T. GENICO et Y. M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexis Nexis 2016 ; F. TERRE, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz 2016 ; T. DOUVILLE et aliii, *La réforme du droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino 2016 ; N. DISSAUX et C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*, Dalloz 2016 ; F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz 2016. Pour des numéros spéciaux de revues consacrés à la réforme : *RDC*, avril 2016, n° Hors-série ; *RDC*, septembre 2016, n° 3 ; *Le nouveau discours contractuel* ; *RDC*, juin 2016, n° 2 ; *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats ; Droit et Patrimoine*, mai 2016. 46.

l'ordonnance du 10 février 2016 adoptée le 20 avril 2018<sup>4</sup>. On se souvient de ce que certains parlementaires avaient souhaité supprimer la révision judiciaire pour imprévision à l'initiative d'une seule partie. Le législateur français n'a pas cédé à ce relatif activisme parlementaire<sup>5</sup>.

2. On peut entendre par imprévision, la survenance de circonstances nouvelles indépendantes de la volonté des parties au jour de la conclusion du contrat et qui rendent son exécution beaucoup plus difficile ou onéreuse, sans pour autant qu'elle soit impossible. Ces circonstances troublent significativement l'économie du contrat au point de créer un déséquilibre structurel défavorable à l'une des parties. La théorie de l'imprévision propose que soit reconnu aux juges un pouvoir de modification du contenu contractuel lorsque les circonstances imprévisibles en ont bouleversé l'économie au point de rendre son exécution extraordinairement difficile. Or, la Cour de cassation française, depuis fort longtemps avait toujours opposé un cinglant refus à l'idée de révision du contrat pour imprévision. Le célèbre arrêt du Canal de Craponne rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mars 1876 fait partie de la mémoire collective<sup>6</sup>. « Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et

---

<sup>4</sup> Pour des commentaires portant sur cette réforme, v. notamment, *RDC*, juin 2018, n° Hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018* ; M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ; D. MAZEAUD, « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, p. 912 ; D. HOUTCIEFF, « La loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime des obligations : le droit schizophrène », *Gaz. Pal.*, 7 avril 2018, p. 14.

<sup>5</sup> En ce sens, Th. REVET, « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *RDC*, juin 2018, *op. cit.*, n° 3.

<sup>6</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, p. 67, n° 1.

substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »<sup>7</sup>. Cette solution, aux allures de loi d'airain, bien connue des contractualistes consacre l'interdiction de la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision.

3. Les arguments défavorables à la théorie de l'imprévision reposent tout d'abord sur le principe de la force obligatoire du contrat<sup>8</sup>. Ce principe affirmé à l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil de 1804 encore applicable dans plusieurs pays africains d'expression francophone interdit aux parties de revenir, après la conclusion du contrat sur leurs engagements. Quand bien même des circonstances extérieures à la volonté des contractants viendraient bouleverser l'économie du contrat, seul le mécanisme du *mutuus dissensus* peut défaire ce qui a été fait. Le respect de la parole donnée est sacré. Si dans l'état de nature, l'homme est libre de dire et de se dédire, il en va différemment en droit et en morale où la parole donnée ne saurait être reprise, particulièrement lorsqu'elle a engendré une attente ou expectative chez l'autre partie à la relation contractuelle. Quoi de plus naturel, au reste, puisque depuis des lustres, il a été affirmé qu'« on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles »<sup>9</sup>. Le contractant qui a donné sa parole est lié, s'il ne veut pas mentir, commettre un péché. Chaque partie, parce que meilleur juge de ses intérêts doit tenir sa promesse : *Pacta sunt servanda*. De cet argumentaire, il ressort que le contrat, acte de prévision<sup>10</sup> par essence est placé sous le sceau de l'intangibilité et de l'intemporalité. Le monde peut bien évoluer et se métamorphoser, le contrat par contre

---

<sup>7</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *DP* 1876, 1, p. 193, note GIBOULOT ; Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz 2015, 13<sup>e</sup> éd., n° 16.

<sup>8</sup> J. L. MOURALIS, *Imprévision*, *op. cit.*, n° 17.

<sup>9</sup> La célèbre maxime de LOYSEL reprise par plusieurs auteurs à l'instar de H. MONEBOULOU MINKADA, « La question de la définition du contrat en droit privé : Essai d'une théorie institutionnelle », *Revue de l'Ersuma*, n° 6, janvier 2016, p. 89, spéc. n° 09.

<sup>10</sup> H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges François Terré*, Dalloz 1999, p. 643.

doit demeurer immuable et figé, si ce n'est pour l'éternité du moins pour la durée en vue de laquelle il a été conclu, imperméable aux mutations de son environnement, car « le contrat arrête l'histoire et permet une certitude »<sup>11</sup>. La conséquence qui en découle directement est la prohibition pour le juge de s'immiscer dans la sphère contractuelle. Le contrat, étant la chose des parties, le juge n'est pas habilité à substituer sa propre volonté à celle des parties. L'immixtion du juge dans le contrat est porteuse d'insécurité juridique. Les auteurs des *Leçons de droit civil*, attachés à une conception essentiellement libérale du contrat, privilégiant sa rigidité sur sa flexibilité avaient relevé que « Il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant dans l'exécution de la convention avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat et mettrait en péril l'économie tout entière, en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels »<sup>12</sup>. Dans le Code civil de 1804 hérité par la plupart des pays africains, actuellement membres de l'OHADA<sup>13</sup>, le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat. La réécriture du contrat incombe aux parties, seules à même d'apprécier et de déterminer les termes concrets de leurs droits et obligations respectifs. Selon le Code précité, le juge a pour unique office d'assurer l'arrimage du contrat à l'ordre social, en l'invalidant lorsqu'il contrevient à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Son rôle se cantonne dès lors à la vérification des conditions de validité du contrat et au contrôle de sa bonne exécution. Il est aussi de son office de contribuer, en cas de difficulté à l'effectivité de la loi contractuelle en restituant et en mettant en lumière la réelle volonté des parties en harmonie avec des directives d'interprétation. Cependant, à bien regarder, le contrat, de nos jours, ne cadre plus avec une telle

---

<sup>11</sup> M. GERMAIN, « Le juge classique », in *Le juge de l'économie*, *Rev. jur. com.*, 2002, p. 17 et s., cité par D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *op. cit.*, n° 24.

<sup>12</sup> H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, n° 730

<sup>13</sup> Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires créée par le traité de Port-Louis (Ile Maurice) du 17 octobre 1993, révisé à Québec le 17 octobre 2008. Elle compte actuellement dix-sept Etats africains.

approche. Il n'est plus exclusivement le jardin secret des contractants. Les interventions du juge dans le contrat sont visibles, elles gagnent même en intensité. Le juge « n'est plus cet esclave du syllogisme formel. Il est devenu entraîneur, pacificateur, entremetteur, régulateur (...) »<sup>14</sup>. Le déséquilibre dans le contrat n'est plus nécessairement une fatalité et l'injustice contractuelle perd peu à peu du terrain sous les coups de boutoirs d'un juge de moins en moins servile face à la loi du contrat<sup>15</sup>. Toute chose qui donne du crédit aux arguments développés et soutenus par les thuriféraires de la théorie de l'imprévision.

4. Les arguments favorables à la théorie de l'imprévision, contrairement à ce que l'on pourrait *a priori* penser sont historiques aussi loin qu'on remonte dans le temps. Ils procèdent en règle générale de l'idée de justice contractuelle. En matière contractuelle, le juste et le juridique se doivent de converger. Une des théories historiques qui permet de justifier l'admission de la révision du contrat pour cause d'imprévision puise son fondement dans la clause dite *rebus sic standibus*. Largement répandue par la doctrine romaine, cette clause subordonnerait l'exécution du contrat au maintien des circonstances économiques ayant existé au jour de sa conclusion. C'est dès lors une clause qui aurait été tacitement convenue par les parties et favoriserait la remise en cause de la force obligatoire du contrat lorsque les circonstances initiales à sa formation ne sont pas demeurées identiques. En référence à cette clause, saint Thomas d'Aquin déclara en effet que « celui qui promet une chose (...), s'il ne fait pas ce qu'il a promis (...) paraît commettre une infidélité par là même qu'il change de dessein. Cependant, il peut être excusable (...) si les conditions des personnes et des choses sont changées (...). Celui qui a fait la promesse n'a pas été menteur parce qu'il a promis ce qu'il

---

<sup>14</sup> M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* juin 2016, n° 2, p. 401.

<sup>15</sup> V. D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* octobre 2003, p. 296, n° 2 ; même auteur « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges J. L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 237, spéc. n° 4.

avait dans l'esprit en sous entendant les conditions légitimes ; il n'est pas non plus infidèle en ne remplissant pas sa promesse parce que les conditions ont changé »<sup>16</sup>. Sous ce prisme, s'est développée une doctrine en faveur de l'imprévision. Certains auteurs modernes à l'instar de Larombière admettent par exemple que « les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contractées, si elles les avaient prévues »<sup>17</sup>. Malgré quelques réserves émises à l'encontre de ces propos<sup>18</sup>, l'on a observé néanmoins une certaine tendance de la doctrine qui se prononce en faveur de la souplesse contractuelle. Dans la même veine, d'autres arguments basés sur la bonne foi, l'équité, la flexibilité du lien contractuel, la cause avaient souvent été mobilisés avant la consécration explicite de l'imprévision en droit français par la doctrine ou la jurisprudence en faveur de l'admission de cette théorie. Par exemple, au nom de la bonne foi, les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation française paraissent imposer une obligation de renégocier le contrat en vue de l'adapter au changement de circonstances<sup>19</sup>. Selon l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil, dans son ancienne version, les parties sont tenues d'exécuter les conventions de bonne foi. Il découlerait de cette exigence, une obligation de renégociation du contrat en cas de bouleversement des circonstances initiales.

---

<sup>16</sup> Citation reprise par le professeur Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, op. cit., p. 4, n° 8.

<sup>17</sup> *Obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., 1885, t. IV, art. 1234, n° 4.

<sup>18</sup> V. DEMOLOMBE, *Leçons de code civil*, t. XXIV, n° 550 ; AUBRY et RAU, tome V, p. 167 ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVI, n° 265.

<sup>19</sup> Arrêt Huard du 3 novembre 1992 (Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18547, *JCP G* 1993, II, 22164, obs. G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1993, p. 124 et s., note J. MESTRE ; *Defrénois* 1993, p. 1377, note J.-L. AUBERT) ; arrêt Chevassus-Marche du 24 novembre 1998 (Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357, *Contrats, conc., consom.* 1999, n° 56, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Defrénois* 1999, p. 371, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 1999, I, 143, obs. C. JAMIN ; *RTD civ.* 1999, p. 98, note J. MESTRE, et p. 646, note P.-Y. GAUTIER).

A vrai dire, la problématique liée à la théorie de l'imprévision ne saurait se réduire, de nos jours à la possibilité qu'a le juge de rétablir ou non l'équilibre d'un contrat dont les conditions ont été gravement modifiées. Elle s'est enrichie aussi des pouvoirs qu'ont les parties à la survenance d'une situation imprévue. L'obligation de renégociation occupe une place centrale au sein de la théorie de l'imprévision, celle-ci peut être demandée par une partie au contrat ou imposée par le juge. Cependant, il n'en demeure pas moins que le rôle du juge en matière contractuelle reste au cœur de cette théorie, c'est la clef de voûte qui nourrit les débats de la doctrine. Le juge dont le rôle est crucial en matière d'imprévision n'est plus aujourd'hui considéré comme le principal adversaire du contrat et de l'impératif de sécurité juridique. Il est plutôt vu, soit comme le modérateur de la loi contractuelle, soit comme le partenaire des contractants dont la volonté n'a pas suffi pour aboutir à un contrat équilibré. Selon certains auteurs<sup>20</sup>, le juge a toujours su faire preuve de mesure, de prudence et de sagesse dans l'exercice de son pouvoir de modération et de révision. Aussi peut-on admettre que l'existence d'un pouvoir de révision ne rime pas fatalement avec l'instabilité contractuelle et n'emporte pas nécessairement la remise en cause des piliers sur lesquels est fondé le droit des contrats. Dans cette perspective, seuls les déséquilibres et injustices contractuels les plus inadmissibles donnent prise au pouvoir du juge.

5. Le contexte propice au renversement de l'interdiction de la révision pour imprévision a significativement contribué à ce que le législateur français revoie sa position. Beaucoup de pays<sup>21</sup> dans le monde

---

<sup>20</sup> D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », *op. cit.*, p. 239.

<sup>21</sup> V. notamment l'Italie, la Grèce, le Portugal, le Pays-Bas, la Suisse, l'Allemagne, le Danemark, la Suède, la Finlande, la Jordanie, l'Égypte, l'Algérie etc. En Argentine, par exemple, l'article 1091 du Code civil et commercial de la nation argentine entrée en vigueur depuis août 2015, indique que la partie affectée par la modification extraordinaire des circonstances peut « demander à un juge (...) la résolution totale ou partielle du contrat ou son adaptation ». Pour une étude d'ensemble, v. R. DAVID,

admettent la théorie de l'imprévision, plus précisément la révision judiciaire du contrat lorsque le changement des circonstances a conduit à un déséquilibre majeur affectant son économie. Le droit comparé a apporté à cet effet un souffle d'air frais<sup>22</sup>. La position négative du droit français sur la théorie de l'imprévision était de plus en plus isolée. Sur le plan européen, des projets d'harmonisation du droit des contrats<sup>23</sup> dont l'influence a été décisive sur la réforme française consacrent la théorie de l'imprévision. Ils prévoient tout d'abord la force obligatoire du contrat. Ensuite, la relativisent en admettant la possibilité de l'adapter lorsque l'exécution devient onéreuse pour l'une des parties en raison d'un changement de circonstances survenu après la conclusion du contrat et qui ne pouvait être raisonnablement pris en considération en ce moment.

6. Au regard de ces évolutions contemporaines et du mouvement généralisé en faveur de l'admission de la théorie de l'imprévision, il y a lieu de s'interroger sur l'attitude adoptée par le législateur OHADA par rapport à cette question. A l'heure de la concurrence des systèmes juridiques où les rapports *Doing business* de la Banque mondiale classent les pays en fonction du degré de facilité que leur droit accorde pour faire des affaires, la tentation est alors grande de

---

« L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges A. Jauffret*, Paris 1974, p. 211. En revanche, certains droits comme le droit québécois relevant du système de *Civil law* ne reconnaît pas explicitement la théorie de l'imprévision. L'interdiction de la révision judiciaire de la convention est érigée en principe, v. en ce sens, Québec (procureur général) c/ Kabakian-Kechichian, [2000] *R.J.Q.* 1730 (C.A.). Pour un aperçu plus complet de la jurisprudence v. D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 2012, Les éditions Thémis, n° 2233 ; P.-G. JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », *RTD civ.* 2004, p. 693.

<sup>22</sup> En ce sens, D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *op. cit.*, p. 406.

<sup>23</sup> V. Principes du Droit Européen des Contrats de la Commission Lando, Le projet de Code Gandolfi, le projet de Cadre commun de référence, les principes contractuels communs élaborés par l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, les principes unidroit.

chercher à cerner véritablement la position du législateur OHADA sur une question aussi importante du droit des contrats qu'est la théorie de l'imprévision. Autrement dit, quel est le traitement réservé par le droit OHADA des contrats à la théorie de l'imprévision ?

7. Le droit OHADA se présente comme un ensemble de règles juridiques destinées à l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples et modernes qui poursuivent l'objectif de sécurité juridique et judiciaire<sup>24</sup>. Dans le droit positif actuellement applicable dans l'espace OHADA, il n'existe pas un acte uniforme consacré au droit commun des contrats. Cette absence ne fait pas perdre de vue le fait que certains actes uniformes déjà entrés en vigueur contiennent de nombreuses dispositions qui organisent les contrats. Le contrat est le support incontournable de toute relation d'affaires, « nul ne peut acquérir, ni procurer à autrui des biens et services, à titre onéreux, sans conclure de contrat »<sup>25</sup>. Les affaires étant le domaine par excellence de la conclusion des contrats<sup>26</sup>, l'on comprend aisément pourquoi le législateur OHADA ne pouvait rester indifférent à la matière contractuelle. L'observation de certains actes uniformes laisse apparaître l'existence en leur sein des contrats réglementés<sup>27</sup> (la vente commerciale, le bail à usage professionnel, le contrat de transport de marchandises par route etc.). Convaincue de la richesse des règles contractuelles contenues dans certains actes uniformes, une doctrine

---

<sup>24</sup> V. Le préambule et l'article 1<sup>er</sup> du traité OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires).

<sup>25</sup> H.D. MODI KOKO BEBEY, « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », in *Actes de colloque annuel africain du diplôme inter-universitaire juriste OHADA, Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, numéro spécial, septembre 2015, n° 192, p. 45.

<sup>26</sup> F. X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence 2010-2011, n° 0001, p. 1 cité par H.D. MODI KOKO BEBEY, « Les enjeux de l'harmonisation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 45, note 1.

<sup>27</sup> V. R. NJEUFACK TEMGWA, « Les contrats partiellement réglementés en droit OHADA », in *Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, numéro spécial, septembre 2015, n° 192, p. 40.

avait esquissé l'idée d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes<sup>28</sup>. De cette doctrine, les actes uniformes renferment de précieuses ressources à partir desquelles l'on pourrait élaborer un droit commun des contrats<sup>29</sup>. On trouve par exemple des règles relatives à la période précontractuelle, à la formation, à l'exécution du contrat, aux sanctions à son inexécution etc.

Conscient de l'absence d'un acte uniforme spécialement réservé au droit commun des contrats, le Conseil des ministres de l'OHADA avait décidé conformément à l'article 2 du traité d'intégrer la matière contractuelle dans le champ du droit des affaires harmonisé. Pour ce faire, un avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats<sup>30</sup> avait été rédigé en 2004 par le professeur Marcel Fontaine<sup>31</sup>. Ce texte s'inspirait substantiellement des dispositions des principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international<sup>32</sup>. Il s'agissait de doter les pays de l'OHADA d'un droit des contrats adapté « aux exigences

---

<sup>28</sup> E. AUDIT, A. GHOZI et C. GRIMALDI, « Esquisse d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes », in *Actes de colloque annuel africain du Diplôme inter-universitaire Juriste OHADA, Le droit OHADA, bilan et perspectives*, LPA, numéro spécial, septembre 2015, n° 192, p. 49.

<sup>29</sup> V. aussi Karel Osiris COFFI DOGUE, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, thèse, Université de Montréal 2013, p. 6.

<sup>30</sup> Ce texte ainsi que la note explicative y relative rédigée par le professeur Marcel Fontaine sont accessibles sur le site internet d'Unidroit (<[http : www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)>).

<sup>31</sup> Professeur émérite, ancien directeur du Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (Belgique) ; expert d'Unidroit chargé de rédiger l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ; membre du groupe de travail d'Unidroit pour la préparation des principes relatifs aux contrats du commerce international ; v. le rapport de l'auteur « L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats : Vue d'ensemble », présenté au Colloque sur *l'harmonisation du droit OHADA des contrats*, tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007 ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par Unidroit à la demande de l'OHADA, *Rev. dr. unif.* 2008, p. 203.

<sup>32</sup> V. F. ONANA ETOUNDI, « Les principes d'Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2005-4, p. 683.

de la mondialisation » et susceptible d'attirer les investisseurs. Une telle approche n'a pas emporté la conviction et l'assentiment des commissions nationales OHADA qui n'ont pas hésité à faire entendre leurs oppositions. Le motif principal de l'hostilité à l'avant-projet était que l'adoption d'un acte uniforme inspiré par les principes Unidroit déconnectait la plupart des pays membres de l'OHADA de leurs réalités et surtout de leur tradition juridique de base qu'est le droit français<sup>33</sup>. Il n'est pas superfluous de rappeler que la majorité des pays de l'OHADA sont d'anciennes colonies françaises. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la Fondation de droit continental (FDC) qui, a pour mission de « favoriser le rayonnement du droit romano-germanique à travers le monde ». La Fondation a demandé à trois éminents professeurs africains<sup>34</sup> d'élaborer un projet alternatif d'harmonisation du droit des contrats. Ce texte déjà finalisé en 2010, a été officiellement remis au secrétaire permanent de l'OHADA en novembre 2015, et il fait actuellement l'objet d'une certaine promotion à travers publications et colloques. A lire le rapport de présentation introduisant l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, il ressort que ses auteurs ont voulu concilier deux impératifs<sup>35</sup>. D'une part, « respecter la culture juridique et judiciaire de base des pays de l'OHADA » et de « proposer une œuvre utile et adaptée qui n'entraîne pas une sorte de dépaysement pour les juristes déjà formés » ; d'autre part, « tirer le meilleur parti du droit comparé et des solutions pertinentes d'autres expériences de réforme en matière de droit des obligations ». Le rapport continue en indiquant que « les solutions innovantes, même hardies ont été retenues, mais toujours dans une démarche qui n'entraîne pas une sorte de dépaysement pour les juristes, les praticiens et les lecteurs de la vie des affaires ». Il était aussi question d'éviter une rupture

---

<sup>33</sup> En ce sens, v. par exemple, P. G. POUGOUE, « L'avant-projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », *OHADATA* D-07-41.

<sup>34</sup> Il s'agit respectivement des professeurs Joseph ISSA SAYEGH, Paul Gérard POUGOUE et Filiga Michel SAWADOGO.

<sup>35</sup> En ce sens, v. M. FONTAINE, « Le rayonnement international du droit français des contrats : Le cas particulier de l'OHADA », *D.* 2016, p. 2008.

épistémologique avec d'autres actes uniformes de l'OHADA et les textes d'autres organismes régionaux africains<sup>36</sup>. En un mot, l'avant-projet de texte uniforme alternatif de la FDC poursuit les objectifs de sécurité juridique, de liberté, d'attractivité économique et de justice contractuelle.

8. Une des questions les plus discutées du droit des contrats « la théorie de l'imprévision » a fait l'objet d'une attention soutenue dans le texte de la FDC. En effet, les articles 160, 161 et 162 dudit texte qui, organisent la théorie de l'imprévision affirment d'une part, le principe de la force obligatoire du contrat ; d'autre part en édulcorent la portée dans l'hypothèse d'un bouleversement de circonstances. Selon l'article 161, « il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations (...) ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat (...) ». Plus intéressant est l'article 162 qui, prévoit que le bouleversement de circonstances pourrait emporter une renégociation du contrat à la demande de la partie lésée ou une immixtion du juge lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre. Dans le texte qui aura peut-être vocation à régir le droit commun des contrats dans l'espace OHADA, le rôle du juge en matière contractuelle est envisagé de façon beaucoup plus dynamique et optimiste. L'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme permet au juge qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances, s'il l'estime raisonnable, soit de mettre fin au contrat, soit de l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations. L'exploitation du texte de la FDC révèle que la théorie de l'imprévision a été explicitement envisagée. Ce qui ne semble pas être le cas dans nombre de dispositions des Actes uniformes actuels portant réglementation des contrats. S'il est vrai que l'on ne trouve aucune disposition d'un Acte

---

<sup>36</sup> Pour ce qui est des rapports entre l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats de Marcel Fontaine avec les autres actes uniformes de l'OHADA, v. G. KENFACK DOUJANI, « La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA », *Rev. dr. unif.* 2008, p. 367.

uniforme traitant explicitement de l'hypothèse spécifique dans laquelle l'exécution du contrat serait devenue excessivement onéreuse pour l'une des parties du fait d'un changement de circonstances. Il n'en demeure pas moins, en revanche que sous le masque de certains standards juridiques utilisés par le législateur OHADA, se dissimule la théorie de l'imprévision. L'article 237 de l'AUDCG<sup>37</sup> impose par exemple aux parties dans le cadre d'un contrat de vente commerciale de se conformer aux exigences de la bonne foi. Aussi certaines dispositions des actes uniformes autorisent-elles le juge à s'ingérer dans le contrat. A ce titre, l'article 39 de l'AUPSRVE<sup>38</sup> permet par exemple au juge d'octroyer au débiteur un délai de grâce qui ne saurait dépasser une année. C'est dire que le législateur OHADA n'a pas cédé aux sirènes funestes et alarmistes de ceux des auteurs qui pensent que l'existence d'un pouvoir de révision judiciaire rime fatalement avec l'insécurité juridique. L'impression de révolte pour la révision judiciaire du contrat semble minime en droit OHADA. Les solutions contenues aussi bien dans certaines dispositions des actes uniformes existants que celles se trouvant dans l'avant-projet alternatif de droit commun des contrats en cours d'études, l'attestent à suffisance.

9. L'analyse de celles-ci, laisse apparaître que, s'agissant de la théorie de l'imprévision, il convient de considérer qu'elle est immergée de *lege lata* (I) et émergée de *lege ferenda* (II).

---

<sup>37</sup> Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le droit commercial général entré en vigueur le 15 mai 2011. Le premier AUDCG datait du 17 avril 1997. Pour toute étude plus approfondie sur la réforme de l'AUDCG intervenue le 15 décembre 2010, v. les différentes contributions des auteurs, in *un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, Dossier spécial, *Droit et patrimoine*, n° 201, mars 2011, p. 42 et s.

<sup>38</sup> Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

### **I. Une théorie immergée de *lege lata***

10. En l'état actuel du droit OHADA applicable dans les dix-sept Etats membres, aucun acte uniforme n'admet explicitement la théorie de l'imprévision. Ce silence signifie-t-il que les parties ou le juge ne pourraient procéder au rééquilibrage du contrat dont les prévisions initiales ont été déjouées ? Avant l'adoption d'un droit commun des contrats dans l'espace OHADA, il est de bonne réflexion de croire à la possibilité de déceler dans quelques dispositions des actes uniformes des indications favorables à l'admission de la théorie de l'imprévision. Cette théorie, est dès lors dissimulée, immergée dans certaines notions utilisées en droit OHADA (A). Certains mécanismes (B) ne procédant pas directement de la théorie de l'imprévision autorisés en droit OHADA partageraient avec cette dernière le même résultat recherché : corriger les conséquences des prévisions déjouées. Sous le masque de ceux-ci, se glisserait imperceptiblement la théorie de l'imprévision. Les pouvoirs reconnus aux acteurs du contrat (C), à l'instar du juge qui a la possibilité de le réviser, obéissent à la même démarche. La question de l'imprévision n'est pas dissociée de celle des pouvoirs du juge et des parties au contrat<sup>39</sup>.

#### **A. L'immersion dans certaines notions utilisées en droit OHADA**

11. Le droit ne peut consister en une simple juxtaposition de règles disparates, il se construit aussi intellectuellement à l'aide de procédés rationnels appelés « instruments abstractifs »<sup>40</sup> parmi lesquels les concepts ou notions. Ces derniers sont « les représentations mentales générales et abstraites des objets »<sup>41</sup>. C'est la saisie par la pensée d'un phénomène ou d'une chose sensible, dotée d'une valeur représentative générale. L'usage explicite des notions-cadres comme

---

<sup>39</sup> L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 218, n° 329.

<sup>40</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec 2000, p. 105, n° 246.

<sup>41</sup> *Dictionnaire Robert*, V° Concept ; Chr. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF 1985, n° 81 et s. ; J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2003, p. 211, n° 181.

la « bonne foi » et le « bon père de famille » ne saurait laisser tout interprète et analyste du droit OHADA indifférent. Ces notions pourraient servir de fondement à la réception de la théorie de l'imprévision en droit OHADA (1). La notion de « cause » implicitement évoquée dans le droit OHADA de la vente commerciale (2) pourrait aussi servir de ressort à partir duquel le juge pourrait se substituer à la volonté des parties.

1. *L'usage explicite des notions de « bonne foi » et de « bon père de famille »*

**12.** Les notions de « bonne foi » et de « bon père de famille » sont des standards juridiques. Ces derniers constituent des normes souples, à contenu variable fondées sur un critère intentionnellement indéterminé<sup>42</sup>. Il s'agit d'une « notion-cadre »<sup>43</sup>, « étalon de la réalité »<sup>44</sup> visant à « permettre la mesure des comportements et des situations en termes de normalité »<sup>45</sup>. Ils se caractérisent en effet par leur plasticité et apparaissent comme les meilleurs instruments susceptibles d'apporter des correcteurs aux règles rigides formulées en droit<sup>46</sup>. Le nombre de standards augmente considérablement en

---

<sup>42</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. *Quadrige*, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, v<sup>o</sup> « Standard ».

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, n<sup>o</sup> 250.

<sup>45</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980 ; A.-A. ALSANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 145 et s. ; P. JUILLARD, « Phénix et ses cendres : Le standard minimum de droit international », *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 257.

<sup>46</sup> A. FOKO, « Libres propos sur les « standards » juridiques », *Cahiers Juridiques et Politiques (Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun)*, 2015, numéro spécial : *l'ordre public*, p. 142.

droit des contrats. Cette multiplication implique corrélativement un développement du rôle du juge qu'il est nécessaire d'encadrer<sup>47</sup>.

13. Le droit OHADA, à l'image du droit français, fait usage des standards dans leur double fonction utilitaire de moyen de « lubrification » et « d'adaptation » de la règle de droit<sup>48</sup>. Deux notions-soupapes explicitement utilisées par le législateur OHADA retiennent particulièrement l'attention à savoir : « la bonne foi » et le « bon père de famille ». L'exigence de bonne foi est posée de manière générale à l'article 237 de l'AUDCG révisé en ces termes « (...) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elles ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée »<sup>49</sup>. « Norme dynamique »<sup>50</sup> de comportement social et moral, la bonne foi permet de réconcilier le droit et les principes de justice naturelle<sup>51</sup>. C'est un devoir général qui traduit sans conteste le moyen de faire pénétrer davantage de morale dans le droit positif en général et le droit des contrats en particulier<sup>52</sup>. Dans ce cadre, il s'agit d'une exigence d'honnêteté et de loyauté qui interdit à chaque cocontractant

---

<sup>47</sup> En ce sens, N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC*, juin 2016, n° 2, p. 394 ; D. MAZEAUD, « Sur les standards », *RDA* février 2014, n° 9, p. 35.

<sup>48</sup> Selon le professeur Philippe JESTAZ, le standard est « un lubrifiant qui vient huiler la machine juridique », v. son article « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil, Ecrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz 2005, p. 19.

<sup>49</sup> La version initiale de l'AUDCG adoptée en avril 1997, ne mentionnait pas explicitement l'exigence de bonne foi, v. G. NGOUMTSA ANOU, « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in *L'obligation, Mélanges P. G. Pougoué*, l'Harmattan Cameroun, 2015, p. 615, spéc. n° 3.

<sup>50</sup> P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, vol. 46, Dalloz 2005, spéc. n° 163.

<sup>51</sup> M. STEFAN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *op. cit.*, p. 624.

<sup>52</sup> D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : Eclipse et Renaissance », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 518.

de faire preuve d'une attitude malveillante. Son rôle s'accroît considérablement au quotidien au point où d'aucuns lui reconnaissent une place désormais conquérante<sup>53</sup>. Se posant comme un contrepoids à la force obligatoire des conventions, un moyen de lutte contre les injustices contractuelles, le juge trouve en la bonne foi, un précieux alibi pour s'interférer dans le périmètre contractuel<sup>54</sup>. Dans une perspective solidariste, la bonne foi est davantage perçue comme un principe concurrent à la force obligatoire du contrat prévu à l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil napoléonien<sup>55</sup> encore applicable dans la plupart des Etats de l'espace OHADA. Pour les thuriféraires du solidarisme, il faut sortir l'alinéa 3 « de son rôle accessoire de tempérament à l'alinéa 1<sup>er</sup> et (...) l'ériger en principe concurrent »<sup>56</sup>. De fait, « l'alinéa 3 de l'article 1134 est en train de se hisser peu à peu à la hauteur de l'alinéa 1<sup>er</sup>, (...) là où il y avait une colonne unique, il y aurait désormais un arc à deux piliers qui s'équilibrent et se répondent »<sup>57</sup>. En écho à ces prédictions doctrinales, le législateur français dans la réforme du droit des contrats intervenue le 10 février

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> En ce sens, L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, p. 218, n° 329. L'auteur cite l'article de D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité », in *l'avenir du droit, Mélanges en Hommage à François Terré* 1999, p. 626, n° 23. Selon le professeur Mazeaud, « nul doute, en effet que, la bonne foi, dans ses différentes acceptions constitue l'alibi dont le juge use et abuse pour finalement réviser le contrat et substituer à la volonté des contractants son sentiment d'équité et de justice ».

<sup>55</sup> C. JAMIN, « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine* 1998, n° 58, p. 46.

<sup>56</sup> D. MAZEAUD, « Chambre commerciale de la Cour de cassation de l'audace, toujours de l'audace ! », *Deffrénois*, 30 mars 1999, n° 6, p. 371. Certains auteurs pensent plutôt que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil de 1804 n'est que le prolongement du principe de la force obligatoire formulé à l'alinéa 1. En ce sens, v. M. EL GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la République arabe unie*, thèse, Paris, 1967, préf. TUNC, LGDJ n° 260, citée par L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, p. 217, note 1531.

<sup>57</sup> A. BENABENT, « La bonne foi – Rapport français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1992.

2016 a érigé la bonne foi en un principe directeur, à côté d'autres principes<sup>58</sup> comme la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat. Tel que posée à l'article 237 précité, l'exigence de bonne foi se présente sous les atours séduisants d'un principe directeur, même si ce label ne lui a pas été formellement accordé. Faisant partie des articles qui constituent le chapitre II intitulé : « Dispositions générales », l'article 237 de l'AUDCG place l'obligation de bonne foi au cœur du contrat de vente commerciale. C'est un standard de nature à imprimer une orientation, à guider toutes les étapes du contrat de vente commerciale. En droit OHADA, tout porte indéniablement à penser que la bonne foi irradie toutes les phases du processus contractuel (phase précontractuelle, contractuelle et post contractuelle). Les parties ne peuvent exclure cette obligation, ni en limiter la portée. La conséquence qui en résulte est l'interdiction à ces dernières d'amenuiser contractuellement l'obligation de bonne foi. Elles ne peuvent par une clause se dispenser de loyauté dans la négociation, la formation, l'exécution et l'extinction du contrat. On aurait voulu peut-être que l'AUDCG, à l'image de l'ordonnance française du 10 février 2016 assortit le caractère « d'ordre public » à l'exigence de bonne foi prévue à l'article 237. Dans cette perspective, le juge aurait pu avoir le pouvoir de contrôler d'office la bonne foi des contractants par le moyen du « relevé d'office »<sup>59</sup>. Quelle que soit la formule choisie, force est de remarquer que l'exigence de bonne foi s'impose de manière impérative. Dès lors, la bonne foi constitue, à notre sens, un point d'appui approprié à partir duquel un juge de l'espace OHADA admettrait la théorie de l'imprévision. C'est une terre d'élection favorable à sa réception.

**14.** En considération de ce qui précède, certains auteurs avaient cru déceler dans quelques décisions rendues par la Cour de cassation française, la bonne foi comme le ferment d'une admission de la

---

<sup>58</sup> Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, janvier 2013, n° 1, p. 387.

<sup>59</sup> Pour ce qui est du droit français, v. N. BALAT, « Le juge contrôlera -t-il d'office la bonne foi des contractants ? », *D.* 2018, p. 2099.

théorie de l'imprévision. La bonne foi pourrait être appelée à rétablir la puissance du vouloir, en corrigeant les conséquences des prévisions déjouées. Elle serait par conséquent le fondement<sup>60</sup>, mieux un « substitut possible »<sup>61</sup> à la théorie de l'imprévision. Par un arrêt rendu le 3 novembre 1992<sup>62</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation française induit du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi, une obligation de le renégocier lorsque survient un profond déséquilibre au cours de son exécution, en raison d'un changement imprévisible de circonstances. Six ans plus tard, le 24 novembre 1998<sup>63</sup>, la même chambre commerciale semble avoir réitéré cette solution. Une fois de plus, le devoir de loyauté fut mobilisé pour engager la responsabilité de contractants qui avaient refusé de renégocier un contrat dont l'exécution était devenue excessivement désavantageuse pour leur partenaire<sup>64</sup>. Bien que la portée de ces décisions ait suscité quelques réserves<sup>65</sup>, une grande partie de la doctrine française a vu en celles-ci

---

<sup>60</sup> En droit allemand, c'est sur le fondement du § 242, selon lequel les contrats doivent être exécutés de bonne foi (*nach Treu und Glauben*), que le *Reichsgericht* a consacré, en 1922, le pouvoir judiciaire de réviser un contrat en cas de « disparition du fondement contractuel » (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) provoquée par un bouleversement imprévu des circonstances, solution qui ne devait être consacrée que bien plus tard par le législateur dans le § 313 du BGB ; v. RG, 3 février 1922, RGZ 103, 128. En droit québécois, v. P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC* 2017, n° 3, p. 546 ; V. P.-G. JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil au Québec », *op. cit.*, p. 693 ; M. STEFAN, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois », *op. cit.*, p. 624 et s.

<sup>61</sup> Expression utilisée par le professeur H. LECUYER, v. son article intitulé : « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, p. 656.

<sup>62</sup> Arrêt Huard précité, note de bas de pages n° 19.

<sup>63</sup> Arrêt Chevassus-Marche précité, note de bas de pages n° 19.

<sup>64</sup> En ce sens, D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *op. cit.*, n° 26.

<sup>65</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ 2001, p. 377, n° 312 ; N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in *le contrat : questions d'actualité*, *LPA* du 5 mai 2000, p. 41 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux semblant ? », *D.* 2002, p. 1974, n° 3 ; C.

de signes précurseurs à l'admission de la théorie de l'imprévision<sup>66</sup>. Ces arrêts ont porté quelques fissures à la jurisprudence de « Canal de Craponne ».

15. A notre connaissance, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), juridiction suprême de l'espace OHADA<sup>67</sup> dont la mission est d'assurer l'interprétation et l'application communes du droit uniforme, ne s'est pas encore appuyée sur la bonne foi pour traiter un cas d'imprévision. Mais elle n'est pas restée indifférente à cette norme de civilité. Dans une espèce où il était plus question de l'octroi d'un délai de grâce au débiteur en situation financière difficile pour honorer à ses engagements, la haute juridiction communautaire a mobilisé la bonne foi du débiteur comme condition de l'octroi d'un délai de grâce, ajoutant ainsi une condition supplémentaire non expressément énoncée à l'alinéa 2 de l'article 39 de l'AUPSRVE. Selon cet article, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales<sup>68</sup>, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. A s'en tenir à une lecture strictement littérale de cette

---

JAMIN, « Révision et intangibilité ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 46.

<sup>66</sup> En ce sens, D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *op. cit.*, n° 27 ; Même auteur, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », *LPA* du 7 mai 2004, p. 47, spéc. n° 18 ; J. MESTRE, « Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire du contrat ! », *RTD Civ.* 1993, p. 124 ; même auteur, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTD Civ.* 1999, p. 98.

<sup>67</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., 31 mai 2018, n° 117/2018, obs. l'auteur de ces lignes, LEDAF, octobre 2018, n° 111q5, p. 4 ; S. C. EKANI, « Les conditions d'octroi des délais de grâce en droit OHADA », *Recueil LGA*, n° 07, juillet 2018.

<sup>68</sup> Selon la Cour d'appel de commerce d'Abidjan, les dettes cambiales sont exclues du champ des délais de grâce : CA de Commerce d'Abidjan, 1<sup>ère</sup> Ch., arrêt n° 135/2019, 21 mars 2019, in *Actualités de droit bancaire et des garanties du crédit*, *Recueil LGA*, n° 21, juillet 2019.

disposition, seule la mise en balance de la situation du débiteur et les intérêts du créancier est la condition d'octroi d'un délai de grâce par le juge. Or, la CCJA ajoute aussi la bonne foi du débiteur comme condition de l'octroi d'un délai de grâce. C'est dire que les attrait attachés à la bonne foi n'ont pas décidément laissé le juge suprême de l'espace OHADA insensible. Espérons que ce dernier franchira un pas décisif en imposant au nom de la bonne foi, la révision amiable ou judiciaire d'un contrat déséquilibré pour cause d'imprévision.

16. L'emploi d'autres expressions comme la « loyauté » procédant de la bonne foi est perceptible dans le droit OHADA. L'article 194 de l'AUDCG dispose par exemple que « le commissionnaire doit agir loyalement pour le compte du commettant ». Plus exigeant est le contenu de l'article 217 de l'AUDCG : « (...) L'agent commercial et son mandant sont tenus, l'un envers l'autre, d'une obligation de loyauté et d'un devoir d'information (...) ». Le contrat de mandat est fondé sur un fort *intuitu personae*, le devoir de loyauté des contractants est essentiel et doit être respecté de façon réciproque. Ces dispositions rappellent étrangement les motifs développés dans l'arrêt Chevassus - Marche précité<sup>69</sup>. Au nom de l'obligation de loyauté, sous peine de réparation, le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat en lui « permettant de pratiquer des prix concurrentiels »<sup>70</sup>.

17. D'autres expressions, sans strictement recouvrir la notion « de bonne foi », ont pour point commun d'imposer un certain standard de comportement à une partie<sup>71</sup>. La notion classique de « bon père de famille », est l'une d'entre elles. En droit, le *bonus pater familias* définit l'homme honnête, diligent, normalement prudent, soigneux et attentif qui se comporte le mieux possible. C'est le référentiel pour définir

---

<sup>69</sup> V. note de bas de pages n° 19 repris à la note n° 63.

<sup>70</sup> V. J. MESTRE, « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *op. cit.*, p. 98.

<sup>71</sup> A. GHOZI, « Esquisse d'un droit commun des contrats à partir des actes uniformes », *op. cit.*, p. 58.

dans un contexte donné, la norme comportementale en se rapportant à un individu qui sert de modèle. Le critère qu'on utilise souvent pour déterminer si le comportement d'une personne dans une situation donnée est fautif ou non. Evoquant des obligations du preneur, l'article 113 de l'AUDCG dispose entre autres que « Le preneur est tenu d'exploiter les locaux donnés à bail, en bon père de famille (...) ». Aussi soutiendrait-on que ce standard pourrait servir d'argument à l'immixtion du juge dans la relation contractuelle.

18. L'alinéa 3 de l'article 113 précité prévoit même un cas particulier de changement imprévu de l'activité né postérieurement à la conclusion du contrat de bail à usage professionnel qui pourrait rendre son exécution onéreuse pour une partie. Il est ainsi disposé « En cas de changement de l'activité prévue au contrat, le preneur doit obtenir l'accord préalable et exprès du bailleur qui peut s'y opposer pour des motifs sérieux ». L'alinéa 4 continue en précisant que « En cas de conflit entre le bailleur et le preneur, il appartient à la partie la plus diligente de saisir la juridiction compétente ». Ainsi un bailleur qui, n'accepte pas d'assumer le risque d'un changement d'activité prévue initialement au contrat a le droit de s'y opposer pour des « motifs sérieux ». Un autre standard juridique dont le contenu reste indéterminé et à géométrie variable sur lequel le juge pourrait s'appuyer pour adapter le contrat. Cette hypothèse a d'ailleurs été prévue par l'article 113. En cas de mésentente entre le bailleur et le preneur, le juge est saisi par la partie la plus diligente. Le texte étant silencieux sur les conséquences de l'intervention judiciaire, il est permis de penser que celles-ci, relativement au sort du contrat seraient doubles :

D'une part, le juge pourrait adapter ou réviser le contrat, d'autre part, il pourrait le résilier<sup>72</sup>. Comme en matière de traitement des

---

<sup>72</sup> Cette option avait été choisie dans une espèce par un juge camerounais : « Doivent être ordonnées, la résiliation du bail et l'expulsion du preneur des lieux loués suite à la violation de la destination du bail intervenue par changement d'activité prévue au contrat sans accord préalable et exprès du bailleur qui s'est opposé fermement à ce changement d'activité par une mise

situations d'imprévision du droit commun des contrats, l'AUDCG relativement au bail à usage professionnel prévoit tout d'abord le remède amiable, en cas d'échec, le remède judiciaire pourrait être administré.

19. Ce rapide tour d'horizon montre qu'il n'y a pas, *a priori* de contradiction entre l'absence dans le droit positif OHADA d'un mécanisme de reconnaissance explicite de la théorie de l'imprévision et la possibilité d'utiliser certains standards juridiques comme fondements à sa réception. Dans la même perspective, la théorie de la cause pourrait aussi être appelée au secours, bien que son énoncé dans l'AUDCG soit implicite.

2. *L'usage implicite de la notion de « cause »*

20. Dans une acception classique, la cause est une condition de validité du contrat dont l'existence est appréciée au jour de sa formation. Sa théorie repose sur une dualité conceptuelle et fonctionnelle. D'une part, on l'entend comme la « cause de l'obligation ». C'est une notion objective, abstraite et désincarnée qui, ne varie pas selon la personnalité et les méandres de la volonté des contractants, mais qui dépend de la qualification du contrat conclu<sup>73</sup>. Sous ce prisme, elle permet de contrôler et de vérifier l'existence d'une contrepartie dans la relation contractuelle, c'est-à-dire l'équilibre objectif des prestations. De ce fait, elle instaure un minimum d'équité dans le contrat. D'autre part, on parle de « cause du contrat » ou « subjective » qui permet de scruter les motifs déterminants qui ont conduit les parties à contracter. C'est un outil

---

en demeure de se conformer aux clauses du bail en se fondant sur le motif sérieux de nuisances sonores » (TPI Ngaoundéré – Cameroun, Ord. n° 23/Ord., 27 juillet 2012, Aff. Adamou Hamaoude C/ Takenne Fofou Denis, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de Procédure et d'Arbitrage, Jurisprudence Annotée, CODE BLEU*, Juriafrica, 5<sup>ème</sup> Edition, 2018, p. 215.

<sup>73</sup> D. MAZEAUD, « La cause », in *1804-2004 : Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Université Panthéon -Assas (Paris II), Dalloz 2004, p. 455.

qui permet de contrôler la soumission du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La « cause du contrat » participe ainsi de la défense de l'ordre social<sup>74</sup>.

21. De l'examen des actes uniformes existants réglementant les contrats *stricto sensu*, il apparaît que ceux-ci ne se réfèrent pas directement et explicitement à la cause<sup>75</sup> comme condition de validité d'un contrat<sup>76</sup>, mais n'en sont pas moins indifférents. En ce sens, l'alinéa 1 de l'article 237 de l'AUDCG dispose par exemple que « La vente commerciale est soumise aux règles du droit commun des contrats (...) ». Etant donné qu'un acte uniforme portant sur le droit commun des contrats n'existe pas encore dans l'espace OHADA, le recours aux lois nationales s'avère incontournable. La plupart des pays d'expression française, membres de l'OHADA ont conservé le Code civil de 1804. Celui-ci, fait de la cause une condition essentielle pour la validité de l'obligation<sup>77</sup>. L'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, pour des raisons liées certainement au nécessaire respect de la tradition juridique de base des pays de l'espace OHADA a conservé la notion de cause<sup>78</sup>. C'est une condition justifiant l'engagement. D'autres dispositions des actes uniformes existants se réfèrent directement<sup>79</sup> ou indirectement<sup>80</sup> à la

---

<sup>74</sup> D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 457.

<sup>75</sup> Pour l'étude de la cause en droit OHADA, v. J. DJOGBENOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », *Penant* n° 867, avril-juin 2009, p. 133.

<sup>76</sup> Certains actes uniformes évoquent le concept de « cause », article 2 de l'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (AUPSRVE), article 36 de l'acte uniforme portant droit des sûretés (AUS).

<sup>77</sup> V. les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil de 1804. L'avant - projet de réforme du Code civil camerounais a maintenu aussi le concept de cause, c'est une condition de validité du contrat (article 1317).

<sup>78</sup> V. l'article 56.

<sup>79</sup> V. notamment les articles 112 de l'acte uniforme portant droit commercial général (AUDCG) ; 68-1° de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPCAP).

notion de « contrepartie », c'est-à-dire à la cause entendue comme la raison d'être de l'engagement. Ce qui témoigne de ce que le législateur OHADA n'y est pas resté indifférent. Rien n'interdit, dès lors à un juge d'un pays membre de l'espace OHADA de se servir de la théorie de la cause pour fonder l'admission de l'imprévision. Le juge français l'avait fait en mobilisant à la fois la notion de « cause » et d'« économie générale du contrat ». Par un arrêt rendu le 29 juin 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que le bouleversement de l'économie d'un contrat à raison du changement des circonstances économiques prive de *cause* un tel engagement, dès lors qu'il rend son exécution excessivement onéreuse pour une partie ; qu'en conséquence l'obligation qui en découle est sérieusement contestable et emporterait la disparition du contrat<sup>81</sup>. La cause, avant son apparente suppression<sup>82</sup> dans le Code civil actuel français a fait l'objet d'une profonde rénovation par la jurisprudence. Elle joue un

---

<sup>80</sup> La cause objective est présente dans le contrat de société et logée « dans le but de partager le bénéfice et de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...) », article 4 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Cette cause est également présente dans le contrat de transport de marchandises par route, article 3 de l'acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR). V. aussi, la définition du cautionnement (article 13 de l'AUS) et celle de la garantie autonome (article 39 de l'AUS). Le cautionnement trouve sa raison d'être dans l'obligation garantie, d'où se déduit le caractère accessoire, alors que la garantie autonome paraît détachée de l'obligation protégée. La cause est la raison d'être de l'indemnité d'occupation due par le locataire sans droit (article 115 de l'AUDCG), de la commission due au commissionnaire (article 196 de l'AUDCG) etc.

<sup>81</sup> Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, SA Soffimat c/SAS SEC, FD, Juris Data n° 2010-010742 ; JCP G, n° 43, 25 octobre 2010, 1056, obs. T. FAVARIO ; E. SAVAUX, « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* janvier 2011, p. 34 ; *D.* 2010, p. 2481, note MAZEAUD ; *D.* 2010, p. 2485, note T. GENICON ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. FAGES.

<sup>82</sup> Certes la notion de « cause » n'apparaît plus dans le droit des contrats, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats l'a supprimée, mais ses fonctions ont été maintenues. V. G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

rôle non seulement dans la formation mais aussi dans l'exécution des contrats. Il devient dès lors possible de fonder la théorie de l'imprévision sur la cause. On peut en effet présumer que les nouvelles circonstances qui influent sur l'équilibre contractuel ont fait disparaître la cause de l'engagement, tout au moins celle du débiteur de l'exécution. Rénovée, la cause dite « objective » n'est pas seulement un outil destiné à protéger un contractant contre l'absence réelle de toute contrepartie. Elle est aussi un instrument de contrôle de la proportionnalité des engagements contractuels, de l'intérêt et de la cohérence interne du contrat<sup>83</sup>. Entendue comme le but contractuel commun en vue duquel les parties ont conclu le contrat, la cause disparaît, lorsque celui-ci ne peut pas ou plus être atteint lors de la phase de l'exécution du contrat. En conséquence, le juge peut remettre en cause des contrats qui sont objectivement équilibrés, en ce sens qu'ils renferment des engagements réciproques, mais qui sont subjectivement déséquilibrés, parce que la réalisation de l'objectif qui avait présidé à leur conclusion n'est plus possible. La cause telle qu'entendue est à la fois un outil de contrôle de l'existence de la contrepartie mais aussi de son insuffisance dans le rapport contractuel surtout à la phase de l'exécution. La cause envisagée comme un outil de contrôle de l'insuffisance de la contrepartie dans le contrat s'accommoderait mieux avec les situations d'imprévision. La survenance du déséquilibre rendant l'exécution du contrat plus onéreuse pour l'une des parties se traduit le plus souvent par une disparition partielle de la cause de l'obligation du débiteur. Une doctrine autorisée<sup>84</sup> corrobore cette vue en affirmant fort pertinemment que « Lorsque les prévisions extrinsèques d'un ou des contractants sont déjouées, il semble rarissime que cela se traduise par une disparition totale de la cause de l'obligation du débiteur. C'est plus généralement un déséquilibre relatif qui est engendré, qui ne pourrait être saisi par la cause que si les juges acceptaient d'en sanctionner la disparition partielle ».

---

<sup>83</sup> D. MAZEAUD, « La cause », *op. cit.*, p. 460-464 ; Même auteur, « Le nouvel ordre contractuel », *op. cit.*, p. 302-313, spéc. n° 13, 24 et 30.

<sup>84</sup> H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, p. 657.

22. En somme, nous exhortons les juges appelés à appliquer le droit OHADA à tirer utilité de toutes les ressources juridiques existant dans ce droit pour sanctionner les déséquilibres contractuels les plus inadmissibles. Poursuivre l'exécution d'un contrat devenu une charge excessive est moralement admissible au nom du respect de la parole donnée mais économiquement inacceptable si cela mène le contractant à la ruine. Certains mécanismes ne procédant pas directement de la théorie de l'imprévision autorisés en droit OHADA fonderaient plus ou moins cette dernière.

***B. L'immersion dans certains mécanismes admis en droit OHADA***

23. La théorie de l'imprévision est immergée dans certains mécanismes prévus en droit OHADA. Une analyse méticuleuse de quelques dispositions de l'AUDCG<sup>85</sup>, l'AUPCAP<sup>86</sup> et l'AUCTMR<sup>87</sup> révèlent l'existence en droit OHADA de remèdes au rejet de la théorie classique de l'imprévision. La proximité des conditions de la théorie de la force majeure avec celle de l'imprévision avaient conduit certaines juridictions situées en dehors de l'espace OHADA à assimiler les deux mécanismes. La dilatation de la notion de force majeure pourrait dès lors constituer une importante potentialité à l'admission de la théorie de l'imprévision dans le droit actuellement applicable dans l'espace OHADA.

24. L'examen des mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUDCG (1) précédera celui des mécanismes autorisés dans les actes uniformes relatifs aux procédures collectives et au contrat de transport de marchandises par route (2).

---

<sup>85</sup> V. note n° 37.

<sup>86</sup> Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif entré en vigueur le 24 décembre 2015. Il remplace l'AUPCAP originel du 10 avril 1998.

<sup>87</sup> Acte uniforme du 22 mars 2003 relatif aux contrats de transport de marchandises par route, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

1. *Les mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUDCG*

25. Les mécanismes ici mobilisés permettent de trouver en droit OHADA des points d'ancrage à la théorie de l'imprévision. Quelques dispositions recensées dans l'AUDCG, serviront de base de vérification de ce postulat.

26. L'AUDCG, dans sa partie relative à la vente commerciale retient des directives d'interprétation de ce contrat<sup>88</sup>. L'article 238 de l'AUDCG révisé énonce à son alinéa 1<sup>er</sup> que « Lorsqu'une clause est ambiguë, la volonté d'une partie doit être interprétée selon le sens qu'une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, aurait déduit de son comportement ». Cette disposition appelle à des analyses. Premièrement, il est possible aux contractants de prévenir l'imprévision en prenant en main par des clauses contractuelles les risques résultant d'un éventuel changement de circonstances au cours de leur contrat. L'absence explicite de la révision du contrat pour cause d'imprévision en droit OHADA inciterait<sup>89</sup> même les parties à insérer dans leur contrat les clauses bien

---

<sup>88</sup> S. ADJITA AKRAWATI, « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale OHADA », *Penant* n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473.

<sup>89</sup> Cette incitation serait d'autant plus accrue et aiguë parce que l'article 239 de l'AUDCG prévoit que « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée ». Les usages professionnels et les pratiques établies dont parle l'article 239 sont en faveur de l'anticipation de l'imprévision par les parties qui adoptent souvent des clauses contractuelles en réponse aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire. L'AUDCG, s'est inspiré en grande partie des dispositions de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, aucune d'elles ne permet de fonder expressément la révision pour imprévision, mais encouragent les parties à prévoir elles-mêmes la révision du contrat, sans le secours d'un juge. Sous réserve des principes Unidroit qui consacrent expressément la théorie de

connues du droit du commerce international<sup>90</sup> telles que les clauses de variation de prix et de *hardship*. Si les parties sont en mesure d'anticiper la survenance d'un risque de changement de circonstances, il convient de penser que la théorie de l'imprévision, bien que non explicitement consacrée en droit OHADA n'y est pas totalement absente. Deuxièmement, le juge n'est autorisé à interpréter le contrat qu'en présence d'une clause ambiguë<sup>91</sup>. Pareille précaution permet de rationaliser et de contrôler l'intervention du juge sur le contrat, considéré traditionnellement comme la chose des parties.

Troisièmement, la référence à la « personne raisonnable (...) » comme directive d'interprétation ne saurait laisser l'attention indifférente. Elle instille une bonne dose de souplesse, de flexibilité, de juste mesure, d'empirisme et d'équité dans l'appréhension du contrat. Le droit moderne des contrats se réfère de plus en plus au standard du « raisonnable », faisant ainsi émerger un droit des contrats objectivé en rupture avec l'approche classique et civiliste de la matière basée sur une conception rigide de la force obligatoire<sup>92</sup>. Le « raisonnable » s'impose désormais comme un standard de droit commun qui permet d'analyser des comportements par référence à un type moyen et normal de conduite. La référence à la « personne raisonnable (...) placée dans la même situation » est une méthode

---

l'imprévision, il est établi qu'en matière de commerce international, la révision pour imprévision est toujours conventionnellement organisée.

<sup>90</sup> V. D. BADAWE KALNIGA *L'imprévision en droit du commerce international*, Mémoire, Master Recherches, Université de Ngaoundéré 2018, p. 13 ; B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship » », *JDI Clunet* 1974, p. 974 ; M. FONTAINE, « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *Droit et Patrimoine du commerce international* 1976, p. 42.

<sup>91</sup> En matière de vente commerciale, le juge ne peut se livrer à l'interprétation des usages et des habitudes que si l'intention des parties est mal exprimée, v. CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., arrêt n° 064/2005, 22 décembre 2005, Aff. SANY Quincaillerie C/ SUBSAHARA SERVICES NC, Rec. CCJA n° 06, 2005, p. 54, OHADATA J-06-39.

<sup>92</sup> H. MAUD LAGELEE, « Le « Raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, n° 03, p. 473.

d'interprétation objective qui permet au juge d'enrichir le contenu contractuel ou de l'adapter. La finalité qui y est poursuivie est constructive et créative<sup>93</sup>. Dès lors, le juge pourrait imposer une renégociation du contrat aux parties ou procéder à son adaptation en considérant qu'« une personne raisonnable, de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation (...) », n'aurait pas accepté assumer le risque d'imprévision survenu lors de l'exécution du contrat, surtout lorsque les parties se sont engagées au regard d'une situation reflétant un certain équilibre des prestations lors de sa formation. Le juge, pour déterminer la volonté d'une partie doit aussi tenir compte des circonstances de fait, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des pratiques qui se sont établies entre elles, voire des usages en vigueur dans la profession concernée.

27. Un point d'ancrage et non des moindres à la théorie de l'imprévision pourrait se trouver dans le mécanisme de la force majeure. Parlant de l'exonération de responsabilité, l'article 294 de l'AUDCG dispose que « Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences ». De cette disposition, l'on peut relever sans grandes difficultés quelques points de similitude entre la force majeure et l'imprévision. Les deux situations sont des obstacles à l'exécution d'une obligation qui répondent aux mêmes critères à savoir : l'imprévisibilité et l'extériorité de l'événement. L'événement constitutif de force majeure ou d'imprévision se trouve hors de la sphère de la volonté des

---

<sup>93</sup> N. M. BRAZ, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation *in favorem* », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? RDC 2015*, n° 1, p. 193.

parties<sup>94</sup>. Cependant, les deux mécanismes se distinguent fondamentalement au niveau de leurs effets, mieux la conséquence de l'événement sur l'obligation contractuelle. Sous ce prisme, il y a lieu de considérer que l'imprévision se distingue doublement de la force majeure<sup>95</sup>. Cette dernière rend l'exécution de l'obligation objectivement impossible<sup>96</sup>, ce qui emporte comme conséquence l'exonération de la partie qui ne l'a pas exécutée. En revanche, l'imprévision n'entraîne pas l'impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle mais rend simplement cette exécution beaucoup plus onéreuse pour le débiteur. La conséquence qui en résulte est : soit une obligation de renégocier le contrat, soit sa révision ou sa résiliation.

28. Malgré cette différence, la doctrine<sup>97</sup> a pu relever « le glissement imperceptible d'une notion à l'autre » qui est souvent fait. On peut dès lors se demander s'il n'est pas opportun, en l'absence d'une consécration expresse de la théorie de l'imprévision, d'exploiter à bon escient les potentialités de la force majeure en vue d'une plus grande ouverture à l'admission de la théorie de l'imprévision ? Allant dans le sens d'une interprétation extensive de l'article 79 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) qui prévoit comme l'article 294 de l'AUDCG précité l'exonération de responsabilité pour cause de force majeure, la Cour de cassation belge a jugé dans un arrêt du 19 juin 2009 qu'une partie pouvait être exonérée de sa responsabilité en cas, non pas de force majeure, mais de circonstances non raisonnablement prévisibles. De manière précise, le juge suprême belge a affirmé que : « En matière de contrats de vente

---

<sup>94</sup> V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, tome 1 : *Contrat et engagement unilatéral* : PUF, Coll. « Thémis droit », 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 665.

<sup>95</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, p. 67, n° 3.

<sup>96</sup> Selon un arrêt de la Cour de cassation française rendu le 4 août 1915 « Il n'y a pas force majeure, si l'événement survenu le débiteur avait la possibilité d'exécuter (...) à des conditions plus onéreuses, quitte à se ruiner », Cass. civ. 4 août 1915, Dalloz 1916, 1<sup>re</sup> partie, p. 22.

<sup>97</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, n° 35.

internationale de marchandises, des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations ». Il est ajouté que « la partie au contrat qui invoque de telles circonstances modifiées ébranlant fondamentalement l'équilibre contractuel a aussi le droit de réclamer une nouvelle négociation du contrat »<sup>98</sup>. Sans remettre en cause la nécessaire distinction entre la force majeure et l'imprévision, cet arrêt fait montre d'un pragmatisme remarquable puisqu'il contourne la carence législative du texte des Nations unies en matière d'imprévision. Bien que l'article 79 de la CVIM ne mentionne guère le changement de circonstances rendant l'exécution du contrat onéreuse comme cause d'exonération de responsabilité, l'arrêt précité le considère comme un empêchement indépendant de la volonté du débiteur susceptible de l'exonérer. Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un événement qui rend l'exécution de l'obligation absolument impossible, même les situations de « hardship » paraissent aussi visées<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> C. Cass. belge, 19 juin 2009, *RDC* 2009, p. 737, obs. K. SZYCHOWSKA ; *DA QR* 2010/94, obs. PHILIPPE ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *RDC* 2010, n° 4, p. 1405.

<sup>99</sup> Le septième avis du comité consultatif de la CVIM (CISG Advisory Council) relatif à l'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 a adopté cette interprétation. Selon une de ses notes, « Un changement de circonstances qu'on ne pouvait pas raisonnablement escompter qu'il fût pris en compte et rendant l'exécution excessivement onéreuse (« hardship ») peut être qualifié d'« empêchement » au sens de l'article 79 (1). Le libellé de l'article 79 n'assimile pas expressément le terme « empêchement » à un événement qui rend l'exécution absolument impossible. Dès lors, une partie qui se trouve dans une situation de « hardship » peut l'invoquer comme cause d'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 ». Le comité consultatif de la CVIM (CISG Advisory Council) est un organisme privé créé

29. Il est vrai que la plupart des dispositions de l'AUDCG s'inspirent de celles de la CVIM, mais le chapitre V sur « l'exonération de responsabilité » dans lequel se trouve l'article 294 de l'AUDCG n'est pas littéralement rédigé en des termes identiques que la section IV sur « l'exonération » (article 79) de la CVIM, mais ces deux dispositions procèdent d'un même esprit, d'une même *ratio legis*. Il est possible dès lors d'étendre le domaine de l'article 294 de l'AUDCG aux situations d'imprévision. Cette extension est d'autant plus plausible à l'observation de l'emploi de l'adverbe « notamment » par le législateur OHADA, lequel traduit davantage une énumération indicative qu'exhaustive. Aussi ne perdons-nous pas de vue, comme mis en exergue dans les développements qui précèdent que les parties à un contrat de vente commerciale tel que réglementé par l'AUDCG sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi. Elle irrigue tout le processus contractuel. Les dispositions encadrant la vente commerciale doivent être interprétées en considération de ce standard. Parce que puisant leur principale source d'inspiration dans la CVIM<sup>100</sup>, les dispositions de l'AUDCG doivent être interprétées à la lumière des dernières évolutions juridiques internationales qui sont en faveur de la renégociation ou de l'adaptation du contrat lorsque survient un changement de circonstances imprévisible lors de la formation du contrat qui rend son exécution beaucoup plus onéreuse.

---

en 2001 sous l'impulsion de la Pace University (Etat de New York) et du Centre d'études de droit commercial de Queen Mary (Londres) dont le but est de promouvoir l'interprétation et l'application uniformes de la convention de Vienne en rendant des avis élaborés sur sa propre initiative ou à la demande d'institutions internationales, d'organisations professionnelles ou de juridictions ; v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », *op. cit.*, p. 1407.

<sup>100</sup> A. FENEON, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », *Penant* n° 853, p. 464 ; A. FENEON et J. R. GOMEZ, « Le droit de la vente commerciale », *Cahiers Juridiques et Fiscaux*, n°2, 1998, p. 271 ; J. ISSA SAYEGH, « La vente commerciale en droit OHADA : apports et emprunts », *European Journal of Law Reform* 2011 (13) 3-4, p. 344.

Les principes Unidroit, les principes du droit européen des contrats et ceux contractuels communs élaborés par l'Association Henri Capitant qui ont consacré la théorie de l'imprévision influencent significativement les législations nationales. La fréquence des clauses de *hardship* dans les contrats a convaincu certains auteurs<sup>101</sup> de la considérer comme « un usage du commerce international », au point que par une inversion de la présentation classique, « c'est l'intangibilité de l'accord qui devra faire l'objet de la prévision contractuelle ». En ce sens, l'on pourrait aussi justifier la révision pour imprévision en droit OHADA en se fondant sur l'article 239 de l'AUDCG qui dispose que « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les pratiques qui se sont établies dans leurs relations commerciales. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées avoir adhéré aux usages professionnels dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche d'activité concernée ».

2. *Les mécanismes prévus dans certaines dispositions de l'AUPC et l'AUCTMR*

30. L'AUPC comporte des ingrédients juridiques qui, permettraient de traiter les situations d'imprévision. D'ailleurs, il est établi que le droit des procédures collectives dispose des règles qui portent atteinte aux principes généraux de droit commun des contrats comme la force obligatoire<sup>102</sup>. Aussi compare-t-on cette discipline « à l'état d'urgence,

---

<sup>101</sup> V. P. DEUMIER, « Vente commerciale de marchandises : qualification de la vente et changement de circonstances économiques », *RDC* 2005, p. 456 et s., spéc. p. 462.

<sup>102</sup> V. K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, Université de Bordeaux 2017, p. 59, n°47 ; J. F. MONTREDON, « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP E*, 15156, 1988, p. 269 et s. ; M. H. MONSERIE, « Aperçu sur les rapports récents de la confrontation des droits des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges, M. Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 429 ; N.

qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain »<sup>103</sup>. Dans l'affaire Cœur Défense, la chambre commerciale de la Cour de cassation française, après avoir invalidé un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait affirmé que : « (...) hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements (...) »<sup>104</sup>. Cette affirmation avait conduit certains auteurs<sup>105</sup> à considérer que le droit des entreprises en difficulté consacre en droit français une possibilité de révision des contrats que le droit civil continue à récuser par

---

STAGNOLI, *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, mémoire de DEA-Droit des affaires, Université Robert Schuman de Strasbourg 2002-2003, 108 p. ; Ph. PETEL, « Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté », *JCP N*, 1992, p. 125 ; C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.*, 2000, 783.

<sup>103</sup> Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives », *Mélanges J. Ghestin, Le contrat au début du 21<sup>ème</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 405, n° 1 ; H. D. MODI KOKO BEBEY, « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard Pougoue*, L'Harmattan Cameroun 2015, p. 490.

<sup>104</sup> Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988, 10-13990, *Bull. civ. IV*, n° 33 ; D. 2011. 743, obs. A. LIENHARD, 919, note P. M. LE CORRE ; *JCP E* 2011, 1215, note A. COURET et B. DONDERO ; *RTD civ.* 2011, p. 351, obs. B. FAGES ; *RTD Com.* 2011, p. 420, obs. J. L. VALLENS ; *Rev. soc.* 2011, p. 404, étude B. GRELON ; *Rev. proc. coll.* mars 2011, repère 2, obs. M. MENJUCQ ; *APC* 2011-7, comm. 106, obs. B. SAINTOURENS. V. aussi l'affaire Société photo service du 26 juin 2007 : Cass. com., 26 juin 2007 n° 06-17821, *Bull. civ. IV*, n° 176 et 177 ; D. 2007. 1864, obs. A. LIENHARD ; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 225, obs. J. FRAIMOUT et p. 254, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *LPA*, 22 décembre 2006, n° 255, p. 13, obs. S. PRIGENT.

<sup>105</sup> F. X. LUCAS, « L'éligibilité des holdings à la sauvegarde », Editorial, *BJS* avril 2011, p. 281 ; « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? », Editorial, *BJS*, mars 2010, p. 211 ; B. FAGES, « Cœur défense contre Canal de craponne ? », *RTD civ.* 2011, p. 351.

principe. Cet arrêt fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde un outil de résolution d'un phénomène imprévu et d'une difficulté trouvant sa source dans un contrat affecté par l'imprévision. La force obligatoire du contrat se trouve ainsi fragilisée.

31. Une analyse du régime des contrats en cours dans l'AUPC<sup>106</sup> permet de constater une fragilisation de la portée de la force obligatoire du contrat. Les articles 108 et 109 de l'AUPC révisé donnent au syndic la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours. Le syndic peut prendre la décision de ne pas poursuivre le contrat, ou lorsque, après avoir exigé l'exécution d'un contrat en cours, il lui apparaît que ce contrat n'est pas ou plus utile à la poursuite de l'activité ou à la sauvegarde de l'entreprise débitrice. Dans cette hypothèse, le juge-commissaire, à la demande du syndic peut prononcer la résiliation dudit contrat. De ce qui précède, il apparaît dès lors que le syndic peut décider de mettre fin de manière anticipée à un contrat dont un déséquilibre est survenu pendant son exécution. Un contrat déséquilibré ou dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse à cause d'un changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion peut être jugé inutile ou ruineux pour le débiteur et servir ainsi de motif au syndic pour ne plus le poursuivre. On comprend par-là que le régime des contrats en cours est une illustration de l'aptitude des procédures collectives à pallier l'absence de traitement de l'imprévision en droit commun. C'est un remède à la rigueur de la théorie classique de l'imprévision<sup>107</sup> puisque les solutions offertes par ce droit spécial permettent de contourner les

---

<sup>106</sup> Sur les contrats en cours en droit OHADA, v. W. BEKONO NKOA, *Les contrats en cours dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Mémoire, Master-Recherches, Université de Ngaoundéré 2011, 83 p. ; M. YOUNI BOUHARI, « Le régime des contrats en cours (A l'exclusion du bail commercial et des contrats de travail) dans les procédures curatives d'insolvabilité », *Penant* n° 906, janvier-mars 2019, p. 77 ; J. C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *Revue de droit uniforme* 2009, p. 181-213.

<sup>107</sup> K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, *op. cit.*, p. 60, n° 48.

règles du droit commun des contrats qui promeuvent l'irrévocabilité du lien contractuel.

32. Par ailleurs, un examen des conditions d'ouverture des quatre procédures collectives prévues par l'AUPC laisse apparaître une imprécision de la nature des difficultés, laquelle permettrait de prendre en considération celles constitutives de l'imprévision. De ces quatre procédures, la conciliation et le règlement préventif retiendront l'attention. L'article 5-1 de l'AUPC révisé<sup>108</sup> fait bénéficier la procédure de conciliation aux personnes physiques et morales qui « connaissent des difficultés avérées ou prévisibles, mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements ». Les difficultés auxquelles fait allusion cette disposition peuvent bien trouver leur source dans un contrat affecté par l'imprévision. Dans la même veine, l'article 6 de l'AUPC révisé dispose que « Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses ». Celles-ci pourraient bien désigner un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui en rend l'exécution excessivement onéreuse pour le débiteur. Dès l'ouverture de cette procédure, les créanciers dont les créances sont nées antérieurement à la décision d'ouverture ne peuvent plus exercer les poursuites individuelles, ni réclamer le paiement des dettes, encore plus saisir les biens du débiteur. Les contrats affectés par l'imprévision peuvent être renégociés par les parties sous les auspices de l'expert désigné par le

---

<sup>108</sup> Pour toute étude sur la réforme de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) intervenue le 10 septembre 2015, v. Dossier spécial, *Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, Droit et Patrimoine* n° 253, décembre 2015, 29 ; R. AKONO ADAM, « Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 22, octobre-novembre-décembre 2015, p. 4 ; *RRJ* 2015-4, p. 1842 ; *Penant* n° 897, octobre-décembre 2016, p. 449 ; P. Y. BERARD, « Droit de l'OHADA-Procédures collectives, Le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *Banque*, avril 2016, n° 795, p. 75.

président de la juridiction compétente. L'ouverture de la procédure de règlement préventif ne doit dès lors pas être considérée comme un moyen pour le débiteur de se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles.

33. L'AUCTMR, bien que n'indiquant pas de manière explicite dans l'une de ses dispositions, une situation pouvant être qualifiée d'imprévision envisage tout de même un changement de circonstances depuis la conclusion du contrat. Aux termes de l'article 12 (alinéas 1 et 2) de l'AUCTMR, « 1. Le transporteur doit sans délai aviser et demander des instructions : //a) à l'ayant droit à la marchandise si, avant l'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison, l'exécution du contrat dans les conditions prévues à la lettre de voiture est ou devient impossible ; // b) à l'expéditeur si, après l'arrivée de la marchandise au lieu de destination, pour un motif quelconque et sans qu'il y ait faute de la part du transporteur, il ne peut effectuer la livraison. // 2. Dans le cas prévu à l'alinéa 1 a) ci-dessus, lorsque les circonstances permettent l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture et que le transporteur n'a pu obtenir en temps utile des instructions de l'ayant droit à la marchandise, il prend les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de cette personne ». Ce texte pose l'obligation spéciale de s'informer à la charge du transporteur qui ne se confond pas avec le devoir de s'informer ou de se renseigner traditionnellement étudié par la doctrine<sup>109</sup>. Celui-ci suppose que les deux parties ont un égal accès à l'information, de sorte qu'aucune n'est tenue d'informer l'autre. Chaque partie a le devoir de rechercher

---

<sup>109</sup> V. P. JOURDAIN, « Le devoir de se « renseigner » (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignements) », *D.* 1983, chron., p. 139 ; Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.* 1987, chron., p. 101 ; M. de JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.* 1945. 1 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992 ; J. ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris, 1975 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, thèse Aix-Marseille, 1977.

l'information qui l'intéresse et ne peut reprocher à l'autre de ne pas lui avoir transmis cette information<sup>110</sup>. L'examen du contenu de l'obligation spéciale de s'informer à la charge du transporteur envisage deux hypothèses bien distinctes dans lesquelles le transporteur doit solliciter des instructions : d'une part l'empêchement au transport, d'autre part l'empêchement à la livraison. Sans qu'il soit nécessaire de s'attarder de manière plus dense à ce contenu, parce que ne constituant pas l'objet principal de cette étude, force est de constater que l'article 12 est l'expression du devoir de coopération nécessaire dans l'exécution du contrat de transport. Ce devoir est une des déclinaisons du devoir de bonne foi, lequel comme souligné plus haut fonderait l'admission de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. Ces données sont au cœur du « solidarisme contractuel »<sup>111</sup>, théorie qui, au nom d'une certaine éthique contractuelle, se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et le respect de l'intérêt légitime de son partenaire. C'est dire que dans l'hypothèse d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, les parties sont tenues de coopérer et collaborer en vue d'une exécution satisfaisante, dans leur intérêt juste et mutuel.

Certes, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 12 semble renvoyer à la théorie de la « force majeure » lorsqu'il emploie la formule « (...) l'exécution du

---

<sup>110</sup> Selon un auteur (P. JOURDAIN, *op. cit.*), « le devoir de se renseigner est un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception ». Dans certains cas, l'obligation de s'informer peut consister pour une partie à se renseigner pour pouvoir informer l'autre. Il s'agit alors d'une hypothèse où un contractant supporte effectivement une obligation de fournir des informations à son partenaire mais ne peut valablement l'exécuter qu'en s'informant elle-même au préalable. L'obligation de s'informer à la charge du transporteur ne correspond à aucune de ces hypothèses. Il s'agit plutôt d'une obligation légale imposée par l'AUCTMR au transporteur (v. A. AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le Droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », *RRJ*, 2006-3, p. 1661, spéc. n° 29).

<sup>111</sup> Sur cette doctrine, v. notamment, Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *le contrat au début du 21<sup>ème</sup> siècle, Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, p. 441.

contrat dans les conditions prévues à la lettre de voiture est ou devient impossible (...) », mais cette impression est rapidement démentie par l'alinéa 2 du même article qui affirme que « (...) lorsque les circonstances permettent l'exécution du contrat dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture et que le transporteur n'a pu obtenir en temps utile des instructions de l'ayant droit à la marchandise, il prend les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de cette personne (...). A la réflexion, le deuxième alinéa de l'article 12 viserait une situation d'imprévision. En effet, certaines circonstances qui ne rendent pas l'exécution du contrat impossible, mais difficile ou dans des conditions différentes de celles prévues à la lettre de voiture obligerait le transporteur à l'adapter dans l'intérêt de l'ayant droit à la marchandise. La proximité avec la théorie de l'imprévision est d'autant plus admise que le texte susvisé ne détermine pas les circonstances, évènements ou faits susceptibles de rendre l'exécution du contrat impossible ou difficile. Le législateur n'indique point la nature de la cause de l'empêchement<sup>112</sup>, ce qui conduit à considérer que toute cause quelconque, fût-elle constitutive d'imprévision, est à retenir.

34. Hormis ces mécanismes, l'analyse des dispositions des actes uniformes montre que le législateur OHADA n'est pas resté indifférent au pouvoir d'ingérence du juge dans le contrat et à celui des parties dont la possibilité leur est désormais reconnue de rompre unilatéralement le contrat. Autant de pouvoirs qu'on ne saurait guère dissocier de la question de l'imprévision.

### *C. L'immersion dans les pouvoirs reconnus à certains acteurs du contrat*

35. Les acteurs du contrat dont il est question ici sont principalement les « contractants » et le « juge ». Les pouvoirs qui leur sont reconnus

---

<sup>112</sup> En ce sens, v. A. AKAM AKAM, « L'information dans le contrat de transport de marchandises par route : Le Droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA », *op. cit.*, p. 1662, spéc. n° 31.

ne paraissent pas être dissociés de la question de l'imprévision. En effet, le législateur OHADA dans certains actes uniformes autorise le juge à s'ingérer dans la sphère contractuelle. Cette habilitation légale ne saurait nous laisser indifférente (1). La théorie de l'imprévision s'est enrichie des prérogatives accordées aux parties à la relation contractuelle. Traiter de cette théorie de nos jours ne revient pas seulement à s'interroger sur l'attitude du juge face au contrat, mais aussi à celle des parties. La forte montée de l'unilatéralisme dans le droit moderne des contrats<sup>113</sup> invite à investiguer sur sa possibilité ou son aptitude à servir de socle ou de réceptacle à la théorie de l'imprévision. Le droit OHADA, non indifférent à l'ascension de l'unilatéralisme donne la possibilité à une partie, dans des conditions précises de rompre unilatéralement le contrat (2).

*1. L'ingérence du juge dans la sphère contractuelle*

36. Le rôle du juge dans le contrat apparaît de plus en plus actif. Du magistrat qui s'interdit, au nom des articles 1134 et 1156 du Code civil de 1804, toute atteinte à la matière du contrat, on glisse imperceptiblement vers un juge sensible aux valeurs de l'équité, de loyauté, de proportionnalité, de l'équilibre, de civisme, de cohérence, de solidarité ou de dignité humaine qui, résout ou modifie la convention devenue excessivement déséquilibrée<sup>114</sup>. Loin d'être « l'ennemi contractuel numéro un », le magistrat se fait « partenaire des contractants »<sup>115</sup>. Son sens de la mesure, de la modération et de la sagesse lors de l'exercice de son pouvoir de révision dans le contrat a même été salué par la doctrine<sup>116</sup>. Un auteur<sup>117</sup>, pour justifier les atteintes portées au contrat, tout en illustrant le dynamisme du juge,

---

<sup>113</sup> V. M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 401.

<sup>114</sup> En ce sens, L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, p. 203, n° 316.

<sup>115</sup> En ce sens, D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple « illégitime » », *op. cit.*, p. 235, n° 4.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 239, n° 8.

<sup>117</sup> V. VIGNEAU, « Le juge et l'équilibre du contrat », *Introduction*, LPA, 30 mars 2018, n° 65, p. 4.

souligne avec pertinence que « Depuis quarante ans désormais, le juge s'est accoutumé à ce qu'on ne lui demande plus seulement de juger le passé mais aussi de préparer l'avenir et de rétablir la balance au profit de la partie faible. Plus uniquement arbitre impartial devant trancher entre deux plaideurs, le magistrat est devenu aussi ce qu'on appelle parfois un « régulateur ». Ce juge ne juge plus seulement en suivant la règle de droit, mais également en recherchant l'intérêt social ou l'équilibre économique. On lui demande d'instaurer un nouvel ordre, nouvel ordre familial, contractuel ou économique, et les parties vont devoir vivre avec sa décision. Pas uniquement juriste, il doit désormais aussi être un ingénieur social et un économiste ».

37. En droit OHADA, le législateur bien que n'ayant pas consacré explicitement la théorie de l'imprévision, n'est pas resté de marbre sur la question de l'interférence du juge dans le contrat. Quelques dispositions des actes uniformes hâtivement sélectionnées illustrent la possibilité qu'a le juge de s'immiscer dans le contrat. Premièrement, il peut modifier les modalités de l'engagement des parties au contrat. Dans cette perspective, l'article 39 de l'AUPSRVE permet à la juridiction compétente, sauf pour le cas des dettes d'aliments et celles cambiales, de reporter ou d'échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier. Deuxièmement, il peut réviser la substance d'un contrat en rehaussant ou en baissant l'obligation d'un des contractants. En ce sens, l'article 117 de l'AUDCG accorde un pouvoir discrétionnaire et souverain au juge dans la fixation du nouveau montant de loyer<sup>118</sup>. Certes, le montant du loyer est librement fixé par les parties, mais celui-ci est révisable. A défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant du loyer, la juridiction compétente, statuant à bref délai, est saisie par la partie la plus diligente.

---

<sup>118</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> ch., Arrêt n° 056/2016, 21 avril 2016, Affaire Monsieur Dalquier Maurice et consorts C/ Monsieur Koudou Dago, in *OHADA, Traité, Actes Uniformes, Règlements de Procédure et d'Arbitrage, Jurisprudence Annotée, CODE BLEU, op. cit.*, p. 219.

38. Outre ces indications qui précèdent, il convient de relever que dans les Etats parties au traité OHADA qui ont maintenu le Code civil de 1804, l'article 1135 habilite le juge à s'immiscer dans le contrat par interprétation de la loi. Cet article constitue une permission donnée au juge de compléter le contenu du contrat. Une thèse<sup>119</sup> avait néanmoins démontré que ce texte ne constitue pas un prétexte d'une judiciarisation du contrat, le juge ne l'exploite qu'avec mesure et modération. Bien que pertinente, cette réserve ne fait pas complètement occulter l'idée selon laquelle, l'article 1135 du Code civil est le fondement légal de l'immixtion du juge dans le contrat. Cette reconnaissance légale du pouvoir d'ingérence du juge dans le contrat offre à notre sens un terrain d'élection fertile à la réception de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. La question de l'ingérence du juge dans le contrat est au cœur de la théorie de l'imprévision. Admettre la possibilité pour le juge de réviser le contrat, même seulement pour certains contrats spéciaux, implique nécessairement qu'il pourrait le faire aussi dans l'hypothèse d'un changement imprévisible de circonstances lors de la conclusion du contrat qui, en rend l'exécution excessivement onéreuse. Bref, la crainte de la révision judiciaire du contrat paraît minimisée en droit OHADA.

*2. L'ingérence du pouvoir de la volonté unilatérale*

39. Classiquement appréhendé comme le fruit d'un accord de volontés, le contrat de nos jours est le siège d'une multitude de pouvoirs unilatéraux<sup>120</sup>. Fondé sur l'impératif d'efficacité économique, l'unilatéralisme apparaît comme l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté. Par ce procédé,

---

<sup>119</sup> Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse dactyl., Paris XII, 2003.

<sup>120</sup> Pour une étude globale de l'unilatéralisme en droit des obligations, v. C. JAMIN et D. MAZEAUD (s/d.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Coll. Etudes Juridiques, Economica 1999, 103p ; C. DELOBEL, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Université de Nice Sophia -Anti polis, 2011, 676p.

une partie impose à son cocontractant un effet juridique contraignant sans recourir à son accord. L'unilatéralisme se manifeste aussi bien à la phase précontractuelle que contractuelle. S'agissant de cette dernière, les pouvoirs unilatéraux peuvent être exercés soit au moment de la formation du contrat, soit au moment de son dénouement. Concernant la phase du dénouement du contrat, la jurisprudence française<sup>121</sup> suivie en cela par la loi a admis la résolution unilatérale pour inexécution. Le droit OHADA n'est pas resté indifférent à ce mouvement de privatisation des sanctions du manquement contractuel. A ce sujet, l'article 281 de l'AUDCG dans son titre V (inexécution et responsabilité) pose d'abord le principe de la rupture judiciaire du contrat pour inexécution, ensuite reconnaît le droit à une partie de mettre fin au contrat de façon unilatérale à ses risques et périls lorsque le comportement de son cocontractant a été grave. Plus précisément, l'alinéa 2 de l'article 281 est ainsi libellé en ces termes « Toutefois, la gravité du comportement d'une partie au contrat de vente commerciale peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls. La gravité du motif de rupture est appréciée par le juge compétent à la demande de la partie la plus diligente ». Une autre manifestation de l'unilatéralisme et non des moindres est la réfaction unilatérale du contrat. Définie comme une modification du contrat en réaction à son inexécution, qui se traduit par un réajustement de la prestation du contractant victime du manquement le plus souvent par une réduction du prix<sup>122</sup>. En vertu de cette sanction unilatérale, l'acheteur peut réduire le prix du montant

---

<sup>121</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN et somm.comm. p. 115, obs. P. DELEBECQUE ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 374, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27. 838, *RDC* 2012, n° RDCO2012-3-008, p. 787, obs. T. GENICON ; Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-22.289, *Juris Data* n° 2017-022485 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup> civ., 8 févr. 2018, n° 16-24.641, P+B, *Juris Data* n° 2018-001494, *JCP G* n° 16, 16 avril 2018, p. 453, obs. Anne ETIENNEY – DE SAINTE MARIE.

<sup>122</sup> D. MAZEAUD, « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, Lexis Nexis, LGDJ, Lextenso éditions 2015, p. 543.

de la différence entre la valeur que des marchandises conformes auraient eu au moment de la livraison et la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient à ce moment.

40. Ces remèdes privés à l'inexécution du contrat ne pourraient -ils pas servir de socle ou de réceptacle à la théorie de l'imprévision ? La notion de « (...) gravité du comportement d'une partie au contrat (...) » n'étant pas définie par le législateur, il n'est pas interdit par exemple de considérer le comportement d'une partie qui, réclame l'exécution d'un contrat excessivement déséquilibré de « grave ». De même, pourrait l'être le comportement d'une partie à un contrat excessivement déséquilibré qui refuse de le renégocier à la demande de son partenaire à la suite de la survenance de l'imprévision. Dès lors, en cas de refus de la renégociation, une partie pourrait bien juger ce comportement de « grave » et mettre fin de façon unilatérale au contrat. Concernant, la réfaction, elle provoque fatalement la révision du contrat, puisque celui-ci sera, pour l'avenir exécuté sans que les prévisions contractuelles initiales soient respectées. Cette sanction heurte de plein fouet le principe de la force obligatoire du contrat. Certes, la réfaction ne vise pas à protéger au premier abord un contractant confronté à un changement de circonstances, mais de sanctionner un manquement contractuel, mais elle donne lieu à la modification du contrat qui, se traduit toujours, au bout du compte, par son rééquilibrage en considération des prévisions initiales. Fort de ce constat, on peut s'autoriser la formulation d'un postulat selon lequel, il ne serait pas contraire à une vision plus dynamique et pragmatique du rôle du juge, spécialement en matière économique, d'étendre le domaine de la réfaction à la théorie de l'imprévision. La réfaction, permet un maintien des liens contractuels et la préservation de l'équilibre initial du contrat. Elle apparaît dès lors, dans une perspective de pérennité contractuelle, à la fois comme un remède contre l'instabilité contractuelle et une sanction des iniquités résultant

du contrat<sup>123</sup>. Qu'elle soit judiciaire ou unilatérale, la réfaction met au centre de la réflexion des questions relatives à l'équilibre du contrat, à sa modification, à la remise en cause de la force obligatoire du contrat, à l'impératif de sécurité juridique et d'efficacité économique. Autant de questions qui sont aussi au cœur de la théorie de l'imprévision. Il n'est dès lors pas inconséquent d'exploiter la réfaction pour pallier au silence actuel gardé par le législateur OHADA sur cette théorie et l'envisager aussi comme un remède au traitement rigoureux réservé à cette dernière par les Etats parties.

41. Au regard de ce qui précède, il apparaît qu'il n'existe de *lege lata* aucune disposition d'un acte uniforme consacrant explicitement la théorie de l'imprévision en droit OHADA. Cette lacune s'expliquerait peut-être par l'absence pour le moment d'un acte uniforme portant droit commun des obligations dans l'espace OHADA. Cependant, la lecture et l'exégèse des dispositions actuelles des Actes uniformes offrent d'excellentes pistes favorables à l'admission de la théorie de l'imprévision en droit OHADA. De l'exploitation de celles-ci, il en ressort que la théorie de l'imprévision est dissimulée, immergée dans certains standards juridiques, mécanismes et pouvoirs reconnus explicitement par le législateur OHADA aux acteurs du contrat à l'instar du « juge » et des « contractants ». Immergée de *lege lata*, la théorie de l'imprévision a été envisagée explicitement de *lege ferenda*. Un avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, déposé au secrétariat permanent de l'OHADA depuis novembre 2015 consacre la théorie de l'imprévision.

## II. Une théorie émergée de *lege ferenda*

42. Attaché à sa philosophie de promotion de la sécurité juridique, judiciaire et d'attractivité économique, le législateur OHADA n'a pas

---

<sup>123</sup> En ce sens, D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *op. cit.*, n° 13 ; M. ADAMOU, « La révision judiciaire du contrat consécutive à une clause d'imprévision », *op. cit.*, p. 22.

voulu que son droit soit isolé dans le monde. La plupart des systèmes juridiques ayant admis la théorie de l'imprévision, le droit OHADA, de *lege ferenda* pose respectivement aux articles 160, 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations ce qui suit : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse sous réserve des dispositions suivantes relatives au bouleversement des circonstances » (article 160). « Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué et que :

- ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

- la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ;

- et le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée » (article 161). « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;

- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations » (article 162).

**43.** Ces dispositions qui paraissent s'inspirer de celles des principes du droit européen des contrats<sup>124</sup>, puisant elles-mêmes leur source des

---

<sup>124</sup> V. article 6.111 des principes du droit européen des contrats (PDEC).

principes Unidroit<sup>125</sup> nourrissent la théorie de l'imprévision dans l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations. Une appréhension judicieuse de cette théorie, nécessite que l'on évalue successivement la détermination de l'imprévision (A) et les remèdes envisagés lorsqu'elle survient (B).

*A. La détermination de l'imprévision dans le droit prospectif*

44. L'étude de la détermination de l'imprévision dans le droit prospectif suggère de jeter un regard sur le domaine (1), la cause, les caractères de l'imprévision (2) et la considération selon laquelle, l'événement ne doit pas constituer un risque accepté par la partie lésée (3). Autant de données susceptibles d'être considérées comme des conditions de déclenchement du mécanisme prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations.

45. Leur analyse respective et précise s'impose.

*1. Le domaine d'application des articles portant sur la théorie de l'imprévision dans le droit prospectif*

46. Du domaine des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations, il est loisible de s'interroger sur la nature des contrats visés par la théorie de l'imprévision. Doit-on distinguer les contrats de droit public et ceux de droit privé ? les contrats à exécution successive de ceux à exécution instantanée ? ; les contrats à durée déterminée et ceux à durée indéterminée ? ; les contrats unilatéraux de ceux synallagmatiques ? doit-on inclure les promesses de contrats dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision ? De ces interrogations, il apparaît à la lecture des articles précités que tous les contrats, sans distinction de nature sont visés. Les articles précités ne visent pas à proprement

---

<sup>125</sup> V. articles 6. 2. 2 et 6. 2. 3 (version 2010).

parler un type précis de contrat<sup>126</sup>. Il n'y a pas lieu à distinguer où la loi ne distingue pas.

47. L'accent mis sur la nature des contrats susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la théorie de l'imprévision vient de ce que la révision des contrats pour imprévision est fréquemment perçue comme un facteur d'insécurité juridique pour les transactions<sup>127</sup>. Aussi soutient-on que son domaine doit être restreint à certaines catégories de contrats<sup>128</sup>. La différence de traitement entre les contrats de droit public et ceux de droit privé opérée par certains pays est généralement justifiée par la nécessité d'assurer la continuité du service public et par la réalisation d'une mission d'intérêt général<sup>129</sup>. Cette différence a perdu aujourd'hui de sa superbe parce que le juge administratif a déjà eu l'occasion d'admettre la résolution du contrat à la demande du cocontractant de la personne publique et d'accorder une indemnité compensatrice après l'extinction du contrat<sup>130</sup>. De même, l'argument basé sur l'intérêt général comme fondement de l'admission de la théorie de l'imprévision en droit public ne paraît plus décisif, parce qu'en droit privé, il existe des contrats qui poursuivent la réalisation des activités d'intérêt général<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> L'avant-projet de Code civil camerounais qui admet la théorie de l'imprévision en son article 1382 ne distingue pas selon la nature du contrat en cause.

<sup>127</sup> V. M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats – 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », *JCP G*, n° 50, 13 décembre 2010, doct. 1257 ; « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », *JCP N*, n° 3, 20 janvier 2017, act. 155.

<sup>128</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relations et la théorie de l'imprévision », *RIDE* 2001, p. 339 et s.

<sup>129</sup> V. J. ANTOINE, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties : Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA* 2004, p. 80.

<sup>130</sup> CE, ass., 9 déc. 1932, Cie des tramways de Cherbourg, *Rec. CE* 1932, p. 1050, concl. JOSSE ; CE, 12 mars 1976, Dpt des Hautes-Pyrénées, *Rec. CE* 1976, p. 155.

<sup>131</sup> M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004.

48. Par ailleurs, la prise en compte de l'incidence du facteur temporel sur les contrats a fondé la distinction qui a souvent été faite entre les contrats à exécution successive et ceux à exécution instantanée. Les premiers, parce que les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps rentrent facilement dans le domaine de la théorie de l'imprévision, ce qui en va différemment des seconds. Or le temps peut aussi être problématique dans les contrats à exécution instantanée à terme. Il en va ainsi des contrats portant sur une chose à construire dont la livraison ne pourrait intervenir qu'un ou deux ans plus tard. Seul l'impact du temps sur l'équilibre du contrat doit être pris en considération. Le législateur OHADA, par souci de réalisme ne distingue pas les contrats en fonction de leur nature ou leur modalité d'exécution. Tous les contrats sont visés, à condition qu'ils ne soient pas encore parvenus à leur exécution complète.

*2. La cause et les caractères de l'imprévision*

49. Le déclenchement du mécanisme prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations est soumis à quelques conditions qui constituent autant de preuves à la charge de la partie lésée.

50. Premièrement, il faut une cause qui répond à certaines caractéristiques. Celle-ci consiste à un bouleversement de circonstances, connues de la partie lésée après la conclusion du contrat. La partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération. Ces événements échappent au contrôle de la partie lésée. Certes, la formule de l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme est littéralement différente de celle utilisée par l'article 1195 de l'ordonnance française du 10 février 2016, mais l'esprit reste le même. A la vérité, il s'agit d'un bouleversement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat qui échappe au contrôle de la partie lésée. Contrairement au législateur français qui emploie

les termes de « changement de circonstances », celui OHADA, de *lege ferenda* préfère plutôt l'expression de « bouleversement de circonstances ». Le mot « bouleversement » renvoie l'esprit à une exigence de brutalité, d'ampleur dans la modification de la situation antérieure. Selon le dictionnaire *Larousse de poche*<sup>132</sup>, le mot « bouleversement » renvoie à l'action, le fait de bouleverser, état, situation, émotion qui en résulte. La première acception du verbe « bouleverser » renvoie à la provocation d'une émotion violente. La deuxième acception suggère l'idée de trouble, de désordre. Autant d'éléments sémantiques qui expriment la brutalité, la soudaineté, la surprise, le caractère abrupt, extraordinaire et imprévisible de l'événement. L'exigence d'un « bouleversement » exclut d'emblée la prise en considération de tout déséquilibre structurel. Le potentiel restrictif des conditions de déclenchement de la théorie de l'imprévision paraît plus important en droit OHADA qu'en droit français. Le mot « circonstances » employé par l'article 161 s'inscrit aussi dans la même logique. Les circonstances sont les « particularités qui accompagnent un fait »<sup>133</sup> ou les « choses du moment actuel »<sup>134</sup>. Etymologiquement, les circonstances « désignent un ensemble de faits extérieurs à la personne qu'ils affectent »<sup>135</sup>. L'article 161 ne précise pas la nature des circonstances dont le bouleversement peut altérer fondamentalement l'équilibre des prestations. Faute de précision, les circonstances pertinentes peuvent dès lors être de tous ordres. Elles peuvent être économiques ou financières telle une augmentation du coût des matières premières, l'inflation monétaire, l'évolution de l'offre ou de la demande sur le marché etc. Avant les différentes réformes admettant la théorie de l'imprévision, cette dernière semblait

<sup>132</sup> *Dictionnaire Maxipoche* 2012, Larousse V° « Bouleversement », p. 160.

<sup>133</sup> E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, 1874, Hachette, V° « Circonstances », sens n° 1.

<sup>134</sup> *Ibid.*, sens n° 4.

<sup>135</sup> En ce sens, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, V° « Circonstances » ; aussi M. MEKKI, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA* 10/16, spéc. n° 6.

inextricablement liée à une prise en compte d'un bouleversement de circonstances économiques. Les circonstances dont il était question lorsqu'il s'agissait d'évoquer la théorie de l'imprévision étaient originellement les circonstances économiques<sup>136</sup>. De nos jours, le terme a un domaine large<sup>137</sup>. Aussi peut-on inclure les circonstances d'ordre juridiques<sup>138</sup>, techniques, technologiques<sup>139</sup>, fiscales<sup>140</sup>, sociales<sup>141</sup>, politiques ou militaires<sup>142</sup>. La liste n'est pas exhaustive.

51. Le bouleversement de circonstances doit avoir été imprévisible au moment de la conclusion du contrat. On perçoit bien la différence entre l'imprévision et la lésion. Cette dernière procède d'un déséquilibre qui intervient à la formation du contrat. La formule employée par l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme selon laquelle « (...) ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

- la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;

- ces événements échappent au contrôle de la partie lésée (...) », mérite de passer au crible d'une exégèse.

---

<sup>136</sup> V. notamment : V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, thèse préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, 2000, PUAM, Institut de droit des affaires, n° 65 ; J.-P. SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, P. DURAND (dir.), 1960, LGDJ, p. 189-233, spéc. n° 2 ; M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation des droits », *JCP G* 2010, 1219, spéc. n° 2.

<sup>137</sup> V. A. FORTUNATO, « Les circonstances de la révision du contrat », *LPA*, 11/01/2018, n° 9, p. 6.

<sup>138</sup> Tel un changement de législation rendant l'exécution excessivement onéreuse.

<sup>139</sup> La découverte d'un procédé rendant obsolète la technologie employée pour l'exécution du contrat ou au contraire une catastrophe technologique, un piratage informatique.

<sup>140</sup> Une augmentation vertigineuse des impôts qui ne permet plus à l'entreprise de supporter ses charges internes et externes.

<sup>141</sup> Un mouvement social d'ampleur nationale.

<sup>142</sup> Une guerre, un coup d'Etat.

Tout d'abord, il est manifeste de remarquer que l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme retient une conception bicéphale du bouleversement imprévisible de circonstances, c'est-à-dire une conception objective (événements survenus...)<sup>143</sup> et celle subjective (événements connus...)<sup>144</sup>. Or il est important que l'événement imprévisible soit apprécié objectivement et non pas dans la perspective subjective du débiteur<sup>145</sup>. En ce sens, il est souhaitable que seuls les événements inexistantes au moment de la formation du contrat, nés de manière imprévisible au cours de son exécution soient pris en considération. L'événement imprévisible est dès lors celui qu'une personne raisonnable, normalement diligente, n'aurait pas davantage prédit que la partie lésée au moment de l'échange des consentements. La conception objective permet de conserver l'efficacité du mécanisme prévu à l'article 161 puisqu'elle participe de la rationalisation, de la limitation de l'extension excessive et de la dilatation des conditions de déclenchement de la théorie de l'imprévision.

Ensuite, l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme paraît mettre l'accent sur l'intensité du bouleversement. Ainsi, la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération et ceux-ci doivent avoir échappé au contrôle de celle-là. La jurisprudence<sup>146</sup> sur la force majeure<sup>147</sup> devrait

---

<sup>143</sup> Selon cette conception, l'événement est considéré comme imprévisible quand bien même les parties ne l'auraient pas sincèrement envisagé. Il survient de manière imprévisible lors de l'exécution du contrat.

<sup>144</sup> Selon cette conception, l'événement est considéré comme imprévisible lorsque celui-ci existait au moment de la formation du contrat, mais ignoré des parties.

<sup>145</sup> Le droit des obligations a prévu des instruments et des mécanismes juridiques qui permettent de remédier et de sanctionner les erreurs commises au stade de la formation du contrat. C'est le cas par exemple de la théorie des vices de consentement.

<sup>146</sup> V. Cass. civ., 3<sup>e</sup> ch., 9 juill. 2013, n° 12-17012 ; Cass. com., 30 mai 2012, n° 10-17803 et 10-18527.

<sup>147</sup> V. l'article 1218, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil français : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du

être mobilisée par le juge pour mieux cerner l'angle sous lequel l'événement doit être qualifié d'imprévisible et non pas simplement imprévu. Un fait peut bien avoir été prévisible dans sa nature et imprévisible dans son ampleur. Ce qui importe c'est que le fait ait été raisonnablement imprévisible, extérieur et échappant au contrôle de la partie lésée. En effet, le juge est appelé à jouer un rôle non négligeable. Il doit se livrer à une analyse rétrospective pour vérifier qu'au moment de la conclusion du contrat, la survenance de l'événement invoqué n'était pas suffisamment probable pour que les parties puissent l'envisager dans leurs prévisions<sup>148</sup>. Il devrait se référer à ce qu'un homme avisé, prudent, diligent aurait dû normalement prévoir, en tenant compte d'indices tels que la soudaineté, la brutalité, la rareté ou l'anormalité de l'événement. Le juge devrait véritablement s'assurer que la modification du droit qui est sollicitée n'est pas destinée à soulager l'impérite d'un contractant qui, aurait dû prévoir le changement de circonstances lui rendant l'exécution excessivement onéreuse. Aussi pensons-nous que le juge ne devrait pas seulement prendre en considération des paramètres essentiellement abstraits, mais aussi ceux concrets en procédant par une appréciation in *concreto*. Sous ce prisme, « il ne s'agira pas tant de rechercher si le demandeur a pu ou non prévoir le changement de circonstances qui est survenu depuis la conclusion du contrat que de rechercher si, compte tenu de la situation personnelle, de l'âge, de la profession, de la formation ou des compétences du demandeur, le contractant moyen auquel il se rattache aurait pu prévoir ledit changement »<sup>149</sup>.

52. Deuxièmement, l'effet qui résulte du bouleversement des circonstances est l'altération fondamentale de l'équilibre des prestations. Plus précisément, l'un des membres de l'article 161 de l'avant-projet de texte uniforme dispose que « Il y a bouleversement

---

contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

<sup>148</sup> J. HEINICH, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *Gaz. Pal.*, 12/06/2017, p. 66.

<sup>149</sup> T. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*, p. 373.

des circonstances lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre prestation ait diminué (...) ». De *lege ferenda*, le droit OHADA des contrats n'envisage pas utiliser la formule d'« exécution excessivement onéreuse » employée à l'article 1195 de l'ordonnance française du 10 février 2016. Partant de la formule utilisée à l'article 161, le bouleversement de circonstances ne mérite d'être pris en considération qu'en raison de graves conséquences qu'il produit sur l'équilibre initial du contrat, c'est-à-dire l'économie voulue par les parties. Les événements considérés doivent avoir entraîné une grave et significative perturbation de l'équilibre initial du contrat au point qu'une partie en perde son intérêt. La notion d'équilibre est dès lors au centre de la théorie de l'imprévision. Il s'agit ici de contrôler l'équilibre contractuel non pas au stade de la conclusion du contrat, mais en cours de son exécution. Le déséquilibre contractuel appréhendé provient d'une modification des données externes au contrat, tels que : une augmentation drastique du coût des matières premières, une évolution des cours, des taux d'intérêt ou du coût de la main d'œuvre, l'allongement des délais d'exécution du contrat, la survenance de nouveaux obstacles commerciaux, politiques ou juridiques etc., dont les risques n'ont pas été assumés conventionnellement par l'une des parties. C'est d'ailleurs ce qu'exprime la référence aux phrases contenues à l'article 161 telles que « soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre prestation ait diminué (...) ». Cette précision renvoie, d'une part au renchérissement du coût d'exécution du contrat, d'autre part à la baisse de la valeur de ce que l'on reçoit du contrat en contre partie. Dans cette perspective, certains auteurs parlent de dévalorisation de la créance et d'alourdissement de la dette<sup>150</sup>. C'est un rapport coût/avantage négatif. Sous ce prisme, il y a lieu de considérer que le déséquilibre du contrat est

---

<sup>150</sup> V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*, p. 30 ; « La réforme en pratique : La résiliation pour imprévision », *op. cit.*, p. 263.

fondamentalement altéré lorsqu'il existe une différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Ce qui signifie que le déséquilibre est caractérisé lorsque l'exécution du contrat coûterait beaucoup plus qu'elle ne rapporte.

53. De ce qui précède, on pourrait d'abord se poser la question de savoir si le déséquilibre dont parle l'article 161 doit être examiné à la seule échelle du contrat ou en tenant compte de la personne du débiteur, c'est-à-dire de sa situation économique, sociale et humaine ? Au regard de cette interrogation, l'objectivité exige d'affirmer que le déséquilibre doit être examiné à la seule dimension du contrat, envisagé comme une opération économique pour elle-même, sans égard à la condition des parties. L'article 161 ne fait nulle part mention de l'état de détresse du débiteur ou du risque de sa ruine personnelle. L'article emploie plutôt l'expression de « partie lésée », ce qui désigne indistinctement, soit le débiteur, soit le créancier sans considération de leur situation respective. Cette approche objective recommande de retenir que l'équilibre des prestations est fondamentalement altéré chaque fois que le contrat est excessivement déficitaire pour l'une des parties. Cependant, cette approche ne va pas sans réserves, puisque si le déséquilibre est conçu de manière objective sans égard à la condition des parties, il existe un risque élevé que le texte soit exploité par un contractant en position de force pour arracher une révision à son cocontractant faible dès lors qu'un événement rendra le contrat moins rentable pour lui. Cette perspective serait contraire à l'objectif de justice contractuelle poursuivie par la théorie de l'imprévision. Ensuite, une autre question pourrait être posée, c'est celle de savoir si le manque à gagner subi par la partie lésée devrait aussi être pris en compte ? Autrement dit, la partie lésée s'appauvrit-elle d'un enrichissement manqué ? A cette interrogation, il est judicieux de concevoir l'imprévision de manière restrictive. Tous les déséquilibres contractuels résultant du bouleversement des circonstances ne sont pas constitutifs d'imprévision. La théorie de l'imprévision concilie à la fois l'impératif de sécurité juridique et celui de justice contractuelle. L'imprévision

n'est pas caractérisée par le seul fait que le changement de circonstances crée au profit d'une partie un avantage excessif, sans placer l'autre dans une situation particulièrement difficile en compromettant sa santé financière. On ne s'appauvrit pas d'un enrichissement manqué. Admettre le contraire serait transformer la théorie de l'imprévision en un instrument de réallocation des profits, garantissant une sorte de mutualisation des enrichissements. Allant dans le sens de ce qui précède, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire Churchill Falls (Labrador) a rendu un important arrêt le 1<sup>er</sup> août 2016<sup>151</sup>. Cet arrêt, bien qu'ayant mobilisé la bonne foi comme un substitut à l'absence au Québec d'un mécanisme législatif de révision du contrat pour cause d'imprévision<sup>152</sup>, conçoit de manière restrictive le changement de circonstances. Selon la Cour « En cas de changement de circonstances, le devoir de bonne foi ne peut obliger une partie à renégocier un contrat que dans des hypothèses de *hardship* où les difficultés imprévues qui surviennent en cours d'exécution du contrat menacent la santé ou la survie financière de l'autre partie. Le principe général de bonne foi n'est d'aucun secours pour remédier à un déséquilibre contractuel qui, par suite d'une évolution des prix, procure à une partie des profits considérables et cause un manque à gagner à l'autre partie sans mettre celle-ci dans une situation difficile ». Cet arrêt mérite approbation parce que l'imprévision ne devrait être admise que dans les cas où le changement de circonstances provoque un déséquilibre économique entre les prestations, soit en raison de l'augmentation du coût de la prestation pour un contractant, soit en raison d'une diminution de valeur de la contrepartie, de sorte que l'exécution du contrat devient exceptionnellement difficile pour le contractant défavorisé.

---

<sup>151</sup> CA Québec, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited c/ Hydro-Québec, 1<sup>er</sup> août 2016, 500-09-024690-141, 2016 QCCA 1229, *RTD Civ.* 2017, p. 138, obs. D. JUSTRAS ; P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », *RDC*, 2017, n° 3, p. 546.

<sup>152</sup> Une région du Canada dont le système juridique appartient à la *Civil Law* qui n'admet pas encore le mécanisme de révision judiciaire du contrat. Les juges recourent à la bonne foi pour remédier les déséquilibres contractuels qui caractérisent les hypothèses d'imprévision.

3. *Un risque non accepté par la partie lésée*

54. Cette condition neutralise le dispositif prévu aux articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme. Les mécanismes prévus pour remédier à des situations d'imprévision ne peuvent produire leurs effets lorsque la partie lésée a accepté d'assumer le risque d'imprévision. L'acceptation par la partie lésée d'un risque de bouleversement de circonstances agit comme une condition négative au jeu de l'imprévision. C'est une sorte de renonciation anticipée pour la partie lésée à invoquer l'imprévision. Cette possibilité pour les parties d'exclure le dispositif légal en faisant supporter à un contractant le risque d'imprévision est une manifestation du maintien de la liberté contractuelle, considérée dans le nouveau droit des contrats comme un principe directeur. Autant, les parties sont libres d'anticiper sur l'imprévision au moyen de clauses de variation et celles de *hardship*, autant la liberté leur est reconnue d'exclure carrément le dispositif légal qui permet de remédier à l'imprévision. Les articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme qui traitent de la théorie de l'imprévision ne sont dès lors pas d'ordre public. Ils sont supplétifs de volonté. Les parties au contrat pourraient les écarter en convenant de revenir aux règles de la force obligatoire du contrat. On constate bien que la théorie de l'imprévision telle qu'envisagée de *lege ferenda* en droit OHADA concilie à la fois les exigences de justice contractuelle, de liberté et de stabilité de la relation contractuelle. Autant de choses qui participent de la recherche de l'attractivité économique.

55. Partant du caractère supplétif du dispositif légal de traitement de l'imprévision, il est utile d'envisager comment se manifesterait l'exclusion, quelle est la nature des clauses qui pourraient évincer les articles 161 et 162 ? Peut-on se poser la question de savoir comment un risque par hypothèse imprévisible pourrait être assumé ? Toutes les clauses « d'assomption des risques » permettraient-elles d'évincer le dispositif légal de traitement de l'imprévision ? Autant d'interrogations qui appellent des clarifications.

Premièrement, la clause portant éviction du dispositif légal sur l'imprévision doit être rédigée de la manière la plus explicite manifestant clairement la volonté non équivoque des parties<sup>153</sup>. Seuls les risques imprévisibles caractérisant l'imprévision pourraient être assumés. La clause devra être suffisamment précise afin de déterminer si elle concerne l'ensemble des risques ou seulement certains d'entre eux. Lorsqu'une clause du contrat visera un risque sans précision, la sanction de l'imprévision relative à ce risque ne sera pas nécessairement exclue. Ce n'est pas parce que les parties ont prévu dans leur contrat une clause de révision du prix, de renégociation, de *hardship*, d'indexation, d'*earn out* ou encore une clause de *material adverse change* (MAC) par exemple dans une cession de droits sociaux<sup>154</sup>, que le juge en déduira nécessairement qu'elles ont renoncé à invoquer les articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme<sup>155</sup>. Aussi, rien n'interdit aux parties d'atténuer l'éviction du mécanisme légal de l'imprévision par l'insertion dans le contrat des remèdes classiques de prévention tels une clause de renégociation annuelle ou encore une clause d'indexation, qui limiteront les possibilités que l'une des deux parties ne souffre de la survenance d'un bouleversement imprévisible de circonstances<sup>156</sup>.

Deuxièmement, la question des contrats aléatoires se pose avec acuité. L'article 24 de l'avant-projet de texte uniforme dispose que le contrat est aléatoire « lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain ou de perte pour chacune ou certaines d'entre elles d'après un événement incertain ». Les contrats aléatoires, parce que fondés sur l'incertitude

---

<sup>153</sup> En ce sens, v. C.-E. BUCHER, « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 3, mars 2019, form. 3 ; « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, mai 2016, dossier 6.

<sup>154</sup> H. LE NABASQUE, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », *BJS*, septembre 2016, n° 09, p. 538.

<sup>155</sup> Pour ce qui est du droit français, v. J. HEINICH, « Le défi : la confiance dans les relations d'affaires », *op. cit.*, p. 68.

<sup>156</sup> C.- E. BUCHER, « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », *op. cit.*

sont-ils incompatibles avec les mécanismes de traitement de l'imprévision ? Autrement dit, l'aléa chasse-t-il l'imprévision comme c'est le cas avec la lésion ? Les parties à un contrat aléatoire sont-elles toujours obligées d'insérer une clause explicite d'éviction du dispositif légal de traitement de l'imprévision ?

En droit français, la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 en date du 20 avril 2018 a inséré un nouvel article L. 211-40-1 au Code monétaire et financier pour exclure du champ de l'article 1195 les « obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers (...) ». Cette exclusion est très large parce qu'elle couvre toutes les opérations relatives à des instruments financiers<sup>157</sup>. Au-delà de la généralité observée dans l'exclusion de ces opérations, il reste qu'un nombre important des contrats financiers présentent un caractère aléatoire<sup>158</sup>. On peut s'étonner de ce que l'avant-projet de texte uniforme, après avoir défini le contrat aléatoire, n'ait pas prévu un régime d'articulation de ces contrats avec la théorie de l'imprévision dont les dispositions substantielles sont prévues aux articles 161 et 162. Or, l'AUDSCGIE révisé<sup>159</sup> en janvier 2014 a introduit, bien que de manière maladroite la notion de contrat financier dans le droit OHADA<sup>160</sup>. En effet, le dernier alinéa de l'article 744 de l'AUDSCGIE révisé dispose que « Les sociétés anonymes peuvent aussi conclure des contrats financiers, également dénommés

---

<sup>157</sup> J. S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *RDC*, n° Hors-série, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018* (Paris, 7 juin 2018), p. 25.

<sup>158</sup> En ce sens, v. A. GAUDEMET, « Imprévision : les contrats financiers aléatoires entrent-ils dans le domaine d'application de l'article 1195 du Code civil ? », in *Autour du Droit bancaire et financier et Au-delà, Mélanges Jean-Jacques Daigre*, Joly, Lextenso éditions 2017, p. 534.

<sup>159</sup> Pour toute étude approfondie sur l'AUDSCGIE (acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique) révisé le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso, v. Les contributions des auteurs in *Droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investissements en Afrique*, Dossier spécial, *Droit et Patrimoine*, n° 239, septembre 2014, p. 48.

<sup>160</sup> SENA AGBAYISSAH, « Les contrats financiers dans l'espace OHADA : Une réforme bien inachevée », *RDBF*, n° 03, mai 2016, étude 16.

« instruments financiers à terme », le cas échéant dans les conditions fixées par l'autorité compétente de chaque État partie ». De cette introduction, les rédacteurs de l'avant-projet de texte uniforme auraient dû se prononcer sur le point de savoir si les contrats financiers sont exclus ou non du champ d'application des articles qui organisent la théorie de l'imprévision. Faute pour le moment d'une disposition explicite qui écarte l'application des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme aux contrats financiers, il convient de penser que ceux-ci entrent bel et bien dans leur domaine en vertu de l'adage « Il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas »<sup>161</sup>. Cependant cette interprétation mérite d'être nuancée. Il est important de distinguer l'aléa contractuel, c'est-à-dire accepté, entré dans les prévisions des parties, de l'aléa extracontractuel, c'est-à-dire exceptionnel, resté extérieur à celles-ci<sup>162</sup>. Si le premier pourrait rentrer sans difficultés dans le domaine des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme, il en va différemment du second qui ouvrirait droit à révision du contrat pour imprévision. Autrement dit, l'on doit considérer que la circonstance qu'un contrat ait un caractère aléatoire n'est pas de nature à chasser l'imprévision, mais à limiter son application aux événements qui n'ont pas été inclus par les parties à l'aléa contractuel.

Troisièmement, la clause d'acceptation des risques consécutifs à un bouleversement de circonstances qui n'a pu être prévu lors de la conclusion du contrat peut être qualifiée d'abusive par le juge. Ce dernier exerce donc un contrôle de l'exclusion des articles 161 et 162 de l'avant-projet de texte uniforme. En effet, la loi-cadre du 06 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun définit une clause abusive comme « toute clause qui est ou qui semble être

---

<sup>161</sup> En latin, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

<sup>162</sup> Si les parties à un contrat aléatoire acceptent par définition de faire dépendre les effets de leur contrat d'un événement *incertain*, elles n'acceptent pas pour autant de les faire dépendre d'un événement *imprévisible* lors de la conclusion du contrat. Partant de ce constat, Louis THIBIERGE affirme que « (...) la spéculation sur l'incertain n'emporte pas nécessairement spéculation sur l'imprévu (...) », v. sa thèse, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 67, n° 88.

imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de services qui a une supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second ». Allant au-delà du droit de la consommation, l'article 113 de l'avant-projet de texte uniforme donne la possibilité à une partie de demander au juge de réviser ou de supprimer une clause qui, créée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée. La clause non négociée, a pour champ d'application de prédilection les contrats d'adhésion. Une clause d'acceptation des risques dont une partie au contrat qui subira l'imprévision, réussira à établir qu'elle crée un déséquilibre significatif entre ses droits et obligations de ceux de son cocontractant pourrait être neutralisée par le juge. Le déséquilibre significatif, à supposer qu'il soit établi, ne porte aucunement sur l'adéquation du prix à la prestation. La clause d'exclusion de l'imprévision constitue plus exactement une restriction à l'exercice des droits de celui qui assume le risque de survenance d'une situation imprévisible<sup>163</sup>.

56. Le contrôle de la réunion des conditions tenant à la survenance d'une situation d'imprévision incombera certainement au juge. Lorsque les conditions précédemment exposées et analysées sont réunies, les remèdes au traitement de l'imprévision pourraient être déclenchés.

#### *B. Les remèdes à l'imprévision dans le droit prospectif*

57. En principe, la notion de « remède » renvoie aux mécanismes qui permettent de préserver le lien contractuel et non de le faire disparaître. Dans la présente étude, le terme sera entendu au sens large. Il englobe à la fois les moyens permettant de corriger les défauts

---

<sup>163</sup> C.- E. BUCHER, « Les clauses portant sur l'imprévision – Formule », *op. cit.* ; « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n° 19.

du lien contractuel afin de le sauvegarder et la sanction de résolution ou de résiliation. En matière d'imprévision, le juge a la faculté, à défaut d'accord entre les parties de mettre fin au contrat ou de l'adapter. S'agissant de ces remèdes, la lecture de l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme les articulent selon qu'ils sont extrajudiciaires ou amiables (1) et judiciaires (2).

*1. Les remèdes extrajudiciaires ou la renégociation amiable du contrat*

58. Le traitement de l'imprévision dans le droit prospectif est prévu à l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme. Il est d'abord amiable, le contrat étant par nature la chose des parties. Le législateur considère dès lors les contractants comme les meilleurs gardiens de leurs propres intérêts. En ce sens, les premiers alinéas de l'article 162 énoncent que « En cas de bouleversement des circonstances, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard injustifié et être motivée. La demande ne donne pas, par elle-même, à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations (...) ». Ce texte appelle une triple observation.

La première observation porte sur la place centrale accordée aux contractants dans le traitement de l'imprévision. Même lorsque les parties n'ont pas prévu de clause d'acceptation du risque d'imprévision, l'intervention du juge peut être évitée par une renégociation amiable entre les parties. L'esprit du texte suggère de considérer la renégociation comme un préalable obligatoire à la saisine du juge dont la méconnaissance ouvrirait sur la sanction des fins de non-recevoir. Mais telle que rédigée, la lettre du texte ne semble pas obliger les parties à ouvrir impérativement les négociations à la survenance d'une situation d'imprévision. Le législateur les invite plutôt à trouver une solution négociée. Dans cette perspective, l'article 162 emploie le verbe « pouvoir » exprimant davantage une faculté qu'une obligation. Une renégociation n'est pas une prestation à fournir. Elle n'est pas une obligation susceptible d'être cédée ou pouvant donner lieu à une exécution forcée. De fait, la qualification de devoir s'impose. Il est convenable de considérer le devoir de renégocier comme une norme comportementale dotée d'une sanction juridique prenant la forme de dommages-intérêts

contractuels, de la même manière que les articles 212 et suivants du Code civil imposent aux époux divers devoirs (fidélité, secours, assistance, respect) insusceptibles de recevoir la qualification d'obligation. Le texte semble avoir été essentiellement conçu dans le sens d'inciter les parties à entrer en discussions parce que l'absence d'accord entre elles dans un délai raisonnable ouvrira la voie à l'intervention du juge qui pourrait soit mettre fin au contrat, soit l'adapter. C'est vrai que la renégociation ne pourrait produire les effets escomptés que si les parties y mettent de la bonne volonté, mais il aurait été souhaitable, pour donner plus de portée et d'efficacité au traitement amiable de l'imprévision de faire de cette dernière, une obligation dont la méconnaissance est explicitement sanctionnée.

La deuxième observation est relative aux paramètres de la renégociation, c'est-à-dire les conditions et les modalités de son déroulement. A cet effet, l'article 162 indique que la demande d'ouverture de renégociations doit être faite sans retard injustifié et être motivée. Par ces indications, on constate que le législateur entend mettre l'accent sur l'exigence de la célérité qui postule le respect d'un délai raisonnable<sup>164</sup>, en vue d'éviter les manœuvres dilatoires. La condition basée sur la nécessaire motivation de la demande d'ouverture de renégociations renvoie à l'idée selon laquelle, la partie lésée avant d'agir devrait se rassurer de l'existence d'une situation d'imprévision. Elle devrait avoir la certitude que toutes les conditions de l'imprévision telles que prévues par la loi sont bel et bien remplies. Or, cela n'est pas du tout évident, parce qu'il est en effet fort possible que les contractants ne soient déjà pas d'accord sur le point de savoir s'ils sont dans un cas d'imprévision ou pas<sup>165</sup>. La difficulté d'appréciation de la réunion des conditions de l'imprévision rend d'ailleurs cette situation de blocage parfaitement envisageable. En présence d'une mésentente entre les parties, il est souhaitable que le juge puisse être saisi pour régler d'abord la question de savoir s'il y a

---

<sup>164</sup> L'appréciation du caractère raisonnable du délai est laissée au pouvoir souverain du juge.

<sup>165</sup> N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

ou non imprévision et renvoyer ensuite les parties à s'entendre. Aussi est-il important que le juge, lorsqu'il sera saisi, vérifie objectivement la réunion des conditions de l'imprévision. L'incitation à la renégociation prônée par l'article 162 de l'avant-projet de texte uniforme perdrait sa véritable portée si le créancier avait des raisons de craindre que l'entrée en renégociations ne se retourne contre lui. Tel pourrait être le cas si le juge ultérieurement saisi déduisait de la participation du créancier à une renégociation amiable la conclusion que les conditions de l'imprévision sont réunies ou du moins que les parties les considèrent comme telles.

Bien que l'article 162 soit silencieux sur ce point, il convient de considérer que les renégociations doivent se dérouler de bonne foi<sup>166</sup>. Le devoir de renégocier trouve son fondement naturel dans la bonne foi contractuelle. Il repose sur des conditions classiques en matière de pourparlers. Une doctrine<sup>167</sup>, en analysant le contenu du devoir de renégocier dans une de ses études scientifiques avait relevé avec pertinence que : « De manière plus pratique, le devoir de renégocier comporte une dimension de résultat, tenant au comportement à adopter, et une dimension de moyens, tenant au but assigné à la renégociation : l'obtention d'un compromis. En somme, la bonne foi commande aux parties de *tout faire* pour sauver le contrat frappé par l'imprévu, sans toutefois exiger qu'elles *atteignent* un accord ». Autrement dit, entrer en négociations est une obligation de résultat, mener les négociations en vue de réviser le contrat ou le faire disparaître est une obligation de moyens.

La troisième observation est relative au sort du contrat pendant la période de renégociations. A cet effet, l'article 162 prévoit que la demande d'ouverture de renégociations formulée par la partie lésée ne donne pas, par elle-même, à celle-ci le droit de suspendre l'exécution de ses obligations. Il s'agit par cette précision d'éviter non seulement que le texte ne serve à des fins dilatoires, mais aussi de

---

<sup>166</sup> L'avant-projet de Code civil camerounais qui admet la théorie de l'imprévision en son article 1382 prévoit que les parties s'engagent à renégocier le contrat de bonne foi en vue de l'adapter ou d'y mettre fin.

<sup>167</sup> L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., p. 459, n° 801.

neutraliser toute initiative unilatérale de la victime du coup du sort visant à faire pression sur l'autre contractant pour lui arracher un accord. De ce qui précède, on peut s'interroger sur les sanctions encourues par la partie lésée qui décide de suspendre l'exécution de ses obligations en violation de l'article 162. De cette interrogation, deux réponses sont possibles. D'abord, le droit de la partie lésée de saisir le juge pour lui demander de mettre fin au contrat ou de l'adapter pourrait être neutralisé. Mais pareille sanction qui déchoit la partie lésée de son droit de saisine du juge n'a pas été prévu. Ensuite, le contractant qui ne subit pas l'imprévision a le droit de faire usage des sanctions de droit commun à l'inexécution du contrat (l'exception d'inexécution, la résolution judiciaire, unilatérale, la responsabilité civile contractuelle, l'exécution forcée etc).

59. Le fait pour une partie de suspendre l'exécution de ses obligations pourrait signifier la manifestation de son désaccord à l'endroit de son cocontractant qui refuse d'accepter l'existence de la survenance de l'imprévision. Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, le dernier alinéa de l'article 162 permet le traitement judiciaire.

#### *2. Les remèdes judiciaires*

60. Contrairement à l'article 1195 du Code civil français qui, permet aux parties de demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat, l'article 162 semble seulement privilégier la possibilité pour une partie en l'absence d'accord avec son partenaire de saisir le juge. De manière précise, le dernier alinéa de l'article 162 énonce que « Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le président de la juridiction compétente. Le président qui conclut à l'existence d'un cas de bouleversement des circonstances peut, s'il l'estime raisonnable :

- mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;
- ou adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ».

61. L'analyse de ce texte permet de considérer tout d'abord que la cohérence des rédacteurs de l'article 162 avec l'exigence de célérité est restée intacte. Non seulement, à l'expiration d'un délai raisonnable, faute d'accord entre les parties, l'une ou l'autre partie peut saisir le juge, mais le juge en question est le président de la juridiction compétente et non le Tribunal entier. Au Cameroun, ce juge peut être le président du Tribunal de première instance (TPI) ou son homologue du Tribunal de grande instance (TGI). Le critère de répartition de compétence entre les deux juridictions est fixé en fonction de l'importance des intérêts en jeu et déterminé par la valeur du litige. Dès lors, il faudrait distinguer suivant que le montant en jeu est supérieur ou égal à dix millions FCFA. Quand bien même le président du Tribunal de première instance (TPI) statue, ce n'est pas avec sa casquette de juge des référés, mais comme un juge du fond statuant « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé »<sup>168</sup>. En ce sens, il connaît du fond et de la forme, mais est astreint au respect du principe de célérité. Ensuite, le juge dispose des pouvoirs dont la mise en œuvre pourrait conduire à la disparition ou à l'adaptation du contrat. Tel que rédigé, le texte ne semble pas obliger le juge à délier les contractants ou à adapter le contrat. Ce dernier a la faculté d'apprécier souverainement l'opportunité de son immixtion dans le contrat. L'ordre de présentation des remèdes de l'article 162 ne voudrait pas dire, à notre avis qu'ils obéissent à une hiérarchie. Le juge reste maître du remède approprié tant il faudra composer avec de nombreuses données factuelles qu'il ne revenait pas au législateur d'énoncer<sup>169</sup>. Le texte pourrait être interprété comme offrant au juge le pouvoir d'adapter le contrat s'il estime raisonnablement que la pérennité du lien contractuel encore socialement et économiquement utile est possible bien que la partie

---

<sup>168</sup> En matière de résiliation du bail à usage professionnel, v. CCJA, 3<sup>e</sup> ch., 14 décembre 2017, n° 235/ 2017, *LEDAF* avril 2018, n° 111e9, p. 3, note E. D. FOTSO ; CCJA, 1<sup>re</sup> ch., 29 mars 2018, n° 066/2018, *LEDAF* octobre 2018, n° 111 p. 9, p. 1, note B. KAMENA ; CCJA, 1<sup>re</sup> ch., 24 janvier 2019, n° 009/2019, *LEDAF* juillet 2019, n° 112g2, p. 1, note l'auteur de ces lignes.

<sup>169</sup> C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*, n° 14.

lésée l'ait saisi d'une demande de résolution ou de résiliation. Il prendrait dès lors en compte toutes les données factuelles liées à l'environnement du contrat, à l'attitude des contractants, la proximité ou l'éloignement du terme de la relation, le caractère plus ou moins durable du déséquilibre etc. De même, lorsqu'il serait saisi d'une demande d'adaptation du contrat, il pourrait décider de mettre fin à ce dernier au cas où le maintien du lien contractuel devient intolérable et impossible. Dans ces conditions, il conviendrait d'admettre réciproquement qu'une demande de résolution est toujours comprise dans une demande d'adaptation. Seul le standard du « raisonnable » devrait guider le juge dans son office.

**62.** Bien entendu, avant de s'immiscer dans la sphère contractuelle, le juge doit vérifier et se rassurer de la réunion des conditions relatives à l'existence de l'imprévision. Il a le choix de la forme sous laquelle il s'exprimera. Il peut soit mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; soit l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

S'agissant de la première option, l'expression employée est générale et paraît englober toutes les sanctions qui emportent disparition du contrat lors de la phase de son exécution (résolution, résiliation, caducité). Le juge dispose d'importants pouvoirs qui font de lui le seul maître de la solution à rendre une fois que les parties n'ont pas pu s'entendre. Il pourrait dès lors faire rétroagir ou différer la résiliation, par exemple pour accorder au cocontractant de la victime de l'imprévision un délai de préavis pour trouver un nouveau fournisseur. Il pourrait aussi gérer la fin de contrat en statuant sur les effets collatéraux de la résolution ou résiliation, les éventuelles restitutions, le sort des clauses, l'octroi des indemnités à la partie qui subit un préjudice à raison du prononcé anticipé de la sanction.

S'agissant de la deuxième option, l'expression utilisée à l'article 162 « adapter le contrat » renvoie à la révision du contenu contractuel. La révision du contrat par le juge est au cœur de la théorie de l'imprévision. L'admission dans la plupart des systèmes juridiques contemporains de cette théorie implique la reconnaissance au juge du

pouvoir de refaire le contrat des parties en vue de les remettre dans la situation d'équilibre qu'elles avaient initialement instaurée.

La lecture et l'analyse du dernier alinéa de l'article 162 suggèrent de penser que les pouvoirs du juge en matière de révision sont potentiellement larges. La révision pourrait impliquer que le juge modifie le prix, objet du contrat, sa durée, les délais d'exécution, les conditions et les délais de paiement, réduise ou augmente les quantités commandées, diminue la prestation en nature. La seule limite réside dans la directive qui invite le juge à « rétablir l'équilibre des prestations », c'est-à-dire qu'il est tenu de faire supporter à toutes les parties les conséquences de l'imprévision en procédant à une juste répartition des pertes et profits qui résultent du bouleversement imprévisible de circonstances.

## LE CONTRAT A L'ÉPREUVE DE L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE EN DROIT MALIEN

**Boubou KEITA,**

*docteur en droit, enseignant à l'Université des sciences juridiques et  
politiques de Bamako*

**1. L'émergence de la notion de « régulation ».** La plupart des systèmes économiques modernes reposent sur le principe de l'économie de marché qui, dans une optique libérale, postule la liberté d'entreprendre et la liberté des prix et de la concurrence. En ce qu'elle stimule la compétition et l'innovation et accroît le surplus du consommateur, la concurrence est considérée comme un facteur de progrès économique. D'où l'émergence de la notion de « régulation », qui « a pour objet de soumettre à l'ordre public concurrentiel des secteurs qui (y) étaient soustraits »<sup>1</sup>. La régulation a donné naissance à un droit « conquérant et sûr de lui »<sup>2</sup>, un « droit envahissant applicable à toute activité sur le marché et exerçant une emprise bien réelle sur les contrats et le droit commun appelé à les régir »<sup>3</sup>.

L'inspiration du droit de la concurrence est ainsi « un interventionnisme de type libéral ou néo-libéral » qui se distingue du

---

<sup>1</sup> G. MARCOU, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in *Annales de la régulation*, volume 2 (2009), IRJS Éditions, 2009, p. 79, spéc. p. 100.

<sup>2</sup> E. CLAUDEL, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD Com.* 1999, p. 291.

<sup>3</sup> M. CHAGNY, « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? » *Contrats, Concurrence, Consommation*, décembre 2008, alerte 70.

dirigisme<sup>4</sup> en ce qu'il poursuit dans une approche macroéconomique, la défense d'un « intérêt collectif spécifique qu'est le libre jeu du mécanisme du marché »<sup>5</sup>, à travers des restrictions à la liberté contractuelle et la répression des pratiques anticoncurrentielles. Il en résulte l'émergence d'un ordre public à deux visages : « un visage interventionniste, qui impose des limites touchant à la substance des relations contractuelles, et un visage libéral, qui interdit toute entrave à la liberté du commerce et de l'industrie par des conventions librement, mais abusivement, formées entre les parties »<sup>6</sup>.

**2. Le déclin de la concurrence parfaite.** Le succès du système de régulation concurrentielle macro-économique, suppose une concurrence parfaite, c'est-à-dire, l'existence de marchés librement accessibles aux entreprises et des rapports de force égaux permettant à chaque entreprise de défendre librement ses intérêts<sup>7</sup>. Or, dans les différents systèmes économiques, l'idée d'une concurrence parfaite a progressivement volé en éclat en raison des grandes inégalités qui caractérisent les rapports entre opérateurs économiques et notamment ceux de la grande distribution<sup>8</sup>. En effet, cette distribution s'effectue généralement, dans le cadre d'une coopération commerciale structurée et hiérarchisée, mettant en présence un producteur et des distributeurs de biens et services, et dénommée « réseau de distribution »<sup>9</sup>. Ce réseau qui est par nature inégalitaire et

---

<sup>4</sup> F. DREIFUS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD Civ.* 1990, p. 369.

<sup>5</sup> J. ROCHFELD, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD Civ.* 2001, p. 671.

<sup>6</sup> G. MARCOU, art. préc. spéc. p. 85.

<sup>7</sup> B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat », *RTD Com.* 1998, p. 71.

<sup>8</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc. : « Les transformations intervenues dans (le) secteur (de la distribution) ont (...) introduit un important déséquilibre économique entre les petits producteurs et les centrales d'achat ainsi qu'entre les grandes surfaces et les modes de distribution traditionnelle face à leurs fournisseurs communs ».

<sup>9</sup> Sur cette notion, voir, M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 4<sup>ème</sup> éd., SIREY, 2018, p. 27 et s.

fermé, se traduit fréquemment par la domination d'une entreprise (*la tête de réseau*) sur les autres<sup>10</sup>. Dans ces conditions, l'heure est plutôt « à une concurrence beaucoup plus imparfaite, avec des inégalités flagrantes entre entreprises, avec des rapports de force qui, au demeurant, sont eux-mêmes sujets à évolution »<sup>11</sup>.

Les règles de la concurrence qui n'avaient pas envisagé l'hypothèse d'une concurrence imparfaite ont rapidement montré leur limite dans la répression des pratiques commerciales déloyales. En effet, l'exigence d'une atteinte à la concurrence en tant que condition de la répression des pratiques anticoncurrentielles est très tôt devenue le talon d'Achille du système de régulation concurrentielle en ce qu'elle fait échapper du champ d'intervention des régulateurs, un pan entier de contrats et de pratiques pourtant susceptibles de fausser le libre jeu de la concurrence. Dans ces conditions, le droit du marché, dans une approche micro économique, va s'intéresser aux relations bilatérales. Aussi, plutôt que de combattre des manifestations de concurrence excessives, abusives, le rôle du droit « est désormais beaucoup plus de combattre des comportements qui faussent le jeu de la concurrence »<sup>12</sup>. De manière originale, la défense de la partie faible au contrat devint une préoccupation du législateur. Initialement limitée aux relations de consommation, cette protection s'est, dans un souci de justice contractuelle et de loyauté des transactions, étendue aux relations entre professionnels. Le contrat qui constitue le support principal des relations économiques s'en trouve profondément affecté. La recherche d'un meilleur équilibre des relations contractuelles qui participe du libre jeu de la concurrence, s'est traduite, en droit comparé, par la soumission du contrat à des sujétions de plus en plus importantes et une intrusion du juge et des autorités de régulation dans la sphère contractuelle au détriment de la sécurité juridique et du principe d'intangibilité des contrats.

---

<sup>10</sup> P. LE TOURNEAU ET M. ZOIA, « Synthèse-Réseaux de distribution », *JCL. Contrats-Distribution*.

<sup>11</sup> B. FAGES et J. MESTRE, art. préc. ; J. ROCHFELD, art. préc.

<sup>12</sup> B. FAGES et J. MESTRE, art. préc.

**3. L'évolution récente de notre droit vers une meilleure justice contractuelle.** L'évolution de notre droit s'inscrit dans cette tendance empreinte de justice contractuelle. Par touches successives, le législateur est en train de construire un droit des contrats spécifique aux relations économiques, visant à assurer la loyauté des transactions et l'équilibre des relations contractuelles. Un rappel des réformes intervenues ces cinq dernières années en droit du marché (droit de la concurrence et droit de la consommation), nous permettra de prendre la mesure de cette évolution.

**4. Le dispositif de protection des consommateurs.** L'encadrement des relations entre professionnels et consommateurs a pendant longtemps été marqué, dans notre pays, par l'absence d'un cadre législatif et réglementaire spécifique aux relations de consommation<sup>13</sup> et les insuffisances du droit commun issu de la loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations, alors même que les pratiques abusives connaissent un réel développement. Ce n'est qu'en 2015 que le législateur a entrepris de doter notre pays d'un cadre juridique visant à assurer une meilleure protection des consommateurs, avec l'adoption de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur<sup>14</sup> et son décret d'application du 7 juillet 2016<sup>15</sup>. Avec cette réforme, notre pays est entré dans une nouvelle ère marquée par la recherche d'une meilleure justice contractuelle reposant sur l'idée d'« infériorité structurelle du consommateur par rapport au professionnel »<sup>16</sup>. Le droit de la consommation poursuit dès lors « un objectif de protection

---

<sup>13</sup> A. DIABATE, « Réflexions sur la codification du droit de la consommation au Mali : contribution à la protection juridique des consommateurs », *Ohadata* D-18-19. Ainsi que le relève l'auteur, l'ordonnance n° 025/P-RM du 18 juillet 2007 portant organisation de la concurrence ne protégeait que de manière incidente les consommateurs.

<sup>14</sup> *JO* du 7 août 2015, p. 1364.

<sup>15</sup> Décret n° 2016-042/P-RM du 7 juillet 2016 fixant les modalités d'application de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur, *JO* du 22 juillet 2016, p. 1170.

<sup>16</sup> O. DESHAYES, T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 351.

institutionnelle attachée mécaniquement à un statut personnel »<sup>17</sup> : celui de consommateur. L'intitulé de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 est à cet égard évocateur : « loi portant protection du consommateur ». Le texte comporte des innovations majeures relatives notamment au renforcement de l'information du consommateur et de la protection de l'intégrité de son consentement, à la sécurité du consommateur ou encore à l'équilibre des relations contractuelles<sup>18</sup>. Ainsi, « l'approche civiliste ou subjective des rapports de consommation fondée sur la volonté individuelle des contractants est progressivement remplacée par une approche objective tirée d'impératifs supérieurs d'égalité, de sécurité et d'équilibre contractuel »<sup>19</sup>. Il en résulte l'émergence d'un droit des contrats partisan, qui relève d'une logique qui n'est plus celle du droit civil dont il se détache pour devenir une composante essentielle du droit du marché<sup>20</sup>.

**5. La protection du consommateur de services numériques.** Le dispositif issu de la loi portant protection du consommateur devait logiquement être complété par un dispositif spécifique aux services numériques en raison du développement croissant de ces services dans notre pays et des risques qu'ils présentent pour le consommateur. L'article 24 de cette loi portait déjà en germe cette réforme en ce qu'il renvoie, s'agissant de la conclusion de contrats électroniques, à la « législation (...) relative à l'échange électronique de données juridiques ». Cette réforme est intervenue avec la publication de la loi n° 2016-012 du 16 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques<sup>21</sup>. Le texte consacre des dispositions novatrices en termes de protection du consommateur et relatives notamment à l'information du consommateur<sup>22</sup> et au droit de

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> A. DIABATÉ, art. préc.

<sup>19</sup> J.-P. PIZZIO, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTD Com.* 1998, p. 53.

<sup>20</sup> J.-P. PIZZIO, art. cit.

<sup>21</sup> *JO* du 25 août 2016, p. 5.

<sup>22</sup> Art. 54.

rétractation<sup>23</sup>.

L'œuvre législative initiée en matière de consommation s'est poursuivie en droit de la concurrence où l'équilibre et la moralisation des relations entre professionnels constituent désormais une préoccupation du législateur. Un aperçu de l'évolution du droit de la concurrence nous permettra de prendre la mesure de cette nouvelle orientation de notre droit.

**6. Le dispositif de protection de la concurrence.** Le droit de la concurrence résulte de la succession de plusieurs textes dont les plus marquants datent de l'avènement de la démocratie dans notre pays. L'ordonnance n° 92-021/P-CTSP du 13 avril 1992 relative à la liberté des prix et de la concurrence et son décret d'application<sup>24</sup> constituent les premiers textes adoptés en matière de concurrence après l'avènement de la démocratie. Ces textes consacrèrent, dans une optique libérale, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la prohibition des pratiques anticoncurrentielles. Ce dispositif sera réformé en 2002 avec l'adoption, par l'Union économique et monétaire Ouest africaine (ci-après désignée, « l'UEMOA »), d'une série de textes, dont le règlement n° 02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles ; le règlement n° 4/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union économique et monétaire Ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 (C) du traité et la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du traité de l'UEMOA. Ce droit communautaire vise essentiellement à harmoniser les réglementations en vigueur dans l'Union et à assurer une meilleure protection du marché communautaire contre les pratiques anticoncurrentielles.

Dans sa démarche d'instauration d'une certaine loyauté des transactions commerciales, le législateur malien est intervenu en 2007,

---

<sup>23</sup> Art. 72.

<sup>24</sup> Décret n° 92-133/ P-CTSP du 24 avril 1992 réglementant la liberté des prix et de la concurrence.

avec l'adoption de l'ordonnance n° 025/P-RM du 18 juillet 2007 portant organisation de la concurrence. À l'analyse de ce texte, l'on ne manquera pas de relever la place importante réservée à la définition et à la répression de la concurrence déloyale et à la protection du consommateur. N'intervenant plus seulement comme un droit de défense d'un intérêt collectif spécifique, notre droit « confirme qu'il intègre une préoccupation qui n'est normalement pas la sienne : la défense des intérêts particuliers de contractants en position de faiblesse, fussent-ils professionnels »<sup>25</sup>. Il s'agit d'une « remise en cause de l'égalité abstraite des contractants » et « l'admission de la réalité des inégalités de fait »<sup>26</sup>, par notre droit.

Près de dix ans après l'adoption de l'ordonnance n° 025/P-RM du 18 juillet 2007 et dans le souci d'assurer un fonctionnement efficient du marché et la loyauté des transactions commerciales, le législateur a remis la réglementation relative à la concurrence en chantier avant d'adopter la loi n° 2016-006 du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence<sup>27</sup> et son décret d'application du 4 avril 2018<sup>28</sup>. L'article 1 précise que ladite loi « a pour objet de garantir la liberté et la loyauté du commerce afin de promouvoir la compétitivité et l'innovation au sein des entreprises ». Un observateur attentif ne manquera pas de relever la différence de rédaction existant avec l'article 1 de l'ordonnance de 2007, qui dispose : la « présente ordonnance régit la liberté des prix et la libre concurrence ». Ainsi, dans la réforme de 2016, la liberté et la loyauté du commerce apparaissent comme la condition indispensable à l'instauration d'une concurrence saine stimulant la compétition et l'innovation. Le contrat étant le support principal des relations économiques et commerciales, l'instauration d'un système économique libre et loyal passe par un contrôle du contenu des contrats et des comportements des acteurs économiques.

---

<sup>25</sup> J. ROCHFELD, art. préc.

<sup>26</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 427.

<sup>27</sup> *JO* du 16 mars 2016, p. 448.

<sup>28</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018 fixant les modalités d'application de la loi portant organisation de la concurrence, *JO* du 13 avril 2018, p. 603.

Or, la répression des pratiques anticoncurrentielles<sup>29</sup> et des actes de concurrence déloyale par le dispositif antérieur ne suffisait pas à appréhender certains comportements susceptibles de fausser le jeu de la concurrence. Aussi, dans le cadre de la réforme de 2016, le législateur a-t-il consacré, aux côtés des pratiques anticoncurrentielles et des actes de concurrence déloyale, un nouveau chapitre aux « pratiques restrictives de concurrence »<sup>30</sup>. Ces dernières qui visent à assurer un meilleur équilibre des rapports contractuels et à moraliser les pratiques commerciales, se distinguent des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'elles sont condamnées en elles-mêmes, indépendamment de leurs effets sur le marché<sup>31</sup>. Les dispositions de la loi du 24 février 2016 furent explicitées par le décret d'application de la loi de 2018 qui, dans un souci de clarté et de pédagogie, s'est attaché à définir les pratiques restrictives de concurrence<sup>32</sup>.

Par ailleurs et afin d'assurer l'effectivité de sa politique de concurrence, le législateur a adopté le 6 mars 2017, l'ordonnance n° 2017-013/P-RM portant création de la direction générale du commerce, de la consommation et de la concurrence<sup>33</sup> et son décret d'application<sup>34</sup>. L'importance des pouvoirs conférés à cette structure notamment en matière d'enquête, de poursuite et de sanction des manquements à la réglementation du marché<sup>35</sup> révèle la volonté du législateur d'instaurer un système concurrentiel suffisamment protecteur des intérêts des parties prenantes : partenaires en situation de dépendance économique, concurrents et consommateurs.

---

<sup>29</sup> Ces pratiques sont les ententes illicites, les abus de position dominante, les opérations de concentration faussant ou restreignant le jeu de la concurrence et les aides d'État illégales, cf. loi n° 2016-006 du 24 février 2016, art. 4, 5, 6, et 9.

<sup>30</sup> Chapitre III, art. 13, 14, 15 et 16.

<sup>31</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Recueil Dalloz* 1995, p. 51.

<sup>32</sup> Chapitre II, art. 54, 55 et 56.

<sup>33</sup> *JO* du 10 mars 2017, p. 364.

<sup>34</sup> Décret n° 2017-0199/P-RM du 6 mars 2017 définissant les modalités de fonctionnement de la direction générale du commerce, de la consommation et la concurrence, *JO* du 17 mars 2017, p. 415.

<sup>35</sup> Ordonnance n° 2017-013/P-RM du 6 mars 2017, préc. art. 2.

Le droit de la concurrence qui ne se souciait que de façon incidente de la protection du contractant a ainsi, dans un souci de justice contractuelle, progressivement épousé l'esprit et les méthodes du droit de la consommation, ce qui confère aux règles du droit de la concurrence, « un léger "parfum" d'ordre public de protection »<sup>36</sup>. Il en résulte une convergence des règles de la concurrence et de la consommation et l'émergence d'un corps de règles spécifiques aux activités économiques, qualifié de « droit du marché »<sup>37</sup>. Un auteur a élégamment décrit ce lien de parenté entre droit de la consommation et droit de la concurrence en qualifiant ces droits de « jumeaux univitellins, tant leurs comportements sont similaires... l'œuf : (étant) le marché »<sup>38</sup>. Le droit de la concurrence perd ainsi progressivement sa spécificité pour devenir, aux côtés du droit de la consommation, un droit au service des contractants qui ne bénéficient pas des règles de protection du consommateur. Cette contamination du droit de la concurrence par le droit de la consommation a pour conséquence l'infléchissement de certains principes du droit commun des obligations qui subissent de plein fouet les manifestations de l'ordre public économique<sup>39</sup>. Il en résulte l'émergence, aux côtés du droit civil, d'un « droit commun des relations contractuelles inégalitaires »<sup>40</sup>, au champ d'application extrêmement large.

**7. L'importance du droit du marché au sein de notre système juridique.** Le rappel du champ d'application du droit du marché nous permettra de prendre la mesure de l'importance de ce droit dans notre système juridique. Le droit de la consommation s'applique aux relations mettant en présence un professionnel, agissant dans le cadre

---

<sup>36</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>37</sup> Y. PICOD, « Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif », *RTD Com.* 1998, p. 1.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Voir en ce sens, E. CLAUDEL, art. préc.

<sup>40</sup> A. SUPLOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruylant, 2005, p. 62, spéc. p. 70, cité par J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2011, p. 433.

de son activité professionnelle et un consommateur –personne physique ou morale–, agissant à des fins personnelles ou familiales<sup>41</sup>. Quant au droit de la concurrence, il s'applique à toute activité de production, de distribution de biens et de prestations de services, y compris celle qui est le fait d'une personne morale publique, lorsque celle-ci est en concurrence avec le privé<sup>42</sup>. Le champ d'application du droit du marché englobe ainsi tant les relations entre consommateurs et professionnels que celles mettant en présence les professionnels exerçant une activité économique. Le « rayon d'action du droit commun, de par sa vocation d'application résiduelle, paraît (dès lors) se réduire comme peau de chagrin, au gré de l'adoption des dispositions spéciales »<sup>43</sup>. Les professionnels qui ne bénéficient pas des règles consuméristes se trouvent désormais protégés par le droit de la concurrence. Il en résulte l'émergence d'un droit économique, c'est-à-dire, un corps de règles empreint d'ordre public, visant à régir les rapports entre les acteurs intervenant dans la chaîne de production, de distribution et de consommation des biens et services et à assurer la protection du principe du libre jeu de la concurrence et de la partie faible à la relation contractuelle.

Quel est dès lors l'impact de ces règles sur le contrat ? La présente étude se propose de répondre à cette question à travers l'analyse des règles du droit du marché (droit de la consommation et droit de la concurrence). À cet égard, une attention particulière sera accordée au droit comparé et précisément au droit français, source d'inspiration du législateur malien.

Au plan théorique, il s'agit de relever les interactions existant entre le droit commun des contrats et le droit du marché afin de dégager les tendances actuelles de notre droit des contrats. Au plan pratique, il s'agit d'attirer l'attention des praticiens du droit des contrats sur les

---

<sup>41</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 3 ; loi n° 2016-012 du 16 mai 2016, art. 1.

<sup>42</sup> Loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 2.

<sup>43</sup> M. CHAGNY, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux. Rapport introductif », *JCP E* n° 25, 21 juin 2018, 1326.

mécanismes du droit du marché et les risques juridiques y inhérents en vue d'une meilleure prise en compte de tels risques.

L'analyse des règles de notre droit du marché révèle un renouveau de l'ordre public en matière contractuelle (I). Ce droit du marché qui repose sur des théories économiques et financières et des concepts juridiques imprécis, est porteur d'insécurité juridique en matière contractuelle (II).

### **I. Le renouveau de l'ordre public en matière contractuelle**

La réglementation applicable au marché est fortement empreinte d'ordre public. La lecture de la loi portant organisation de la concurrence est à cet égard assez éclairante. Parmi les 29 articles qui composent cette loi, huit posent des interdictions<sup>44</sup> tandis que trois prévoient des sanctions administratives à l'encontre des auteurs des manquements aux dispositions de ladite loi<sup>45</sup>. Cet ordre public dit économique résume les limitations apportées au marché par les restrictions imposées à la liberté contractuelle<sup>46</sup>. Il s'agit d'un droit répressif qui poursuit la conciliation d'intérêts divers et variés (A) à travers un corps de règles perturbatrices des règles du droit commun des contrats (B).

#### **A. La diversité des intérêts protégés et des sanctions**

Le droit du marché vise à assurer la protection d'une diversité d'intérêts (1) au moyen notamment d'un arsenal juridique particulièrement répressif (2).

##### *1. La diversité des intérêts protégés*

Le marché est un lieu où coexistent d'une diversité d'intérêts que le droit du marché cherche à protéger. Aussi, au sein de ce droit, certaines dispositions sont « plus typiques que d'autres » : la

---

<sup>44</sup> Art. 4, 6, 7, 13, 14, 15, 16 et 17.

<sup>45</sup> Art. 22, 23 et 24.

<sup>46</sup> G. MARCOU, art. préc. p. 93.

concurrence est tantôt protégée en elle-même, tantôt à travers la protection de la partie faible au contrat<sup>47</sup>.

**8. La protection de la concurrence et des concurrents.** La protection du principe de libre jeu de la concurrence est, et ainsi que l'a rappelé la Cour de justice de l'UEMOA, indispensable à l'instauration d'un « climat de compétition saine entre entreprises tant publiques que privées »<sup>48</sup>, qui est de nature à stimuler l'innovation, à accroître « le surplus du consommateur » et à récompenser le mérite<sup>49</sup>. Ce sont les concurrents qui se trouvent, *in fine*, protégés. Certaines dispositions sont assez éclairantes à cet égard. C'est le cas de l'article 54 du décret d'application de la loi portant organisation de la concurrence qui dispose que toute « vente à perte non tolérée est notifiée au service chargé de la Concurrence qui apprécie la sauvegarde des intérêts légitimes des concurrents ». C'est également le cas de l'article 2 de la loi portant organisation de la concurrence qui définit la concurrence déloyale comme « tout agissement d'une personne physique ou morale pouvant porter préjudice à des concurrents »<sup>50</sup>.

La protection de la concurrence est ainsi au cœur du droit du marché. Cette protection s'est également étendue à la partie faible au contrat.

**9. La protection de la partie faible à la relation contractuelle.** En droit du marché, la partie faible au contrat est soit un consommateur soit un partenaire commercial en situation de dépendance économique.

---

<sup>47</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>48</sup> Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 11 RP 003.20 du 30 avril 2014, Traoré T. M. et Syb L. S. D.

<sup>49</sup> Sur la notion de « concurrence par les mérites », voir Autorité de la concurrence (France), Synthèse du rapport annuel 2018, p. 16, disponible sur : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-08/autorite-de-la-concurrence-synthese-2018.pdf>, consulté le 30 octobre 2019.

<sup>50</sup> Loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 2.

**9.1. Le consommateur.** La protection du consommateur est au cœur du droit de la consommation, né sous l'influence du « consumérisme »<sup>51</sup>. Ce « droit protecteur »<sup>52</sup> repose sur un certain nombre de mécanismes juridiques dérogatoires au droit commun des obligations. À cet égard, méritent d'être relevés, le recul du consensualisme et l'émergence d'un « formalisme poussé à l'extrême pour assurer la protection du consommateur »<sup>53</sup> et des exigences relatives à la sécurité du consommateur<sup>54</sup>. Pour paraphraser Jean Carbonnier<sup>55</sup>, l'on pourrait dire que l'ordre public qui hante le droit de la consommation présente une originalité : alors que, de droit commun, il serait voulu impartial, prêt à secourir l'un quelconque des contractants, sans acception de catégories – ici, il a choisi son camp une fois pour toutes ; il est, sinon contre les professionnels, du moins pour les consommateurs.

La protection du consommateur par le droit de la consommation se trouve par ailleurs complétée par les règles du droit de la concurrence<sup>56</sup>. En effet, il est établi que les pratiques anticoncurrentielles engendrent des surprix pour les

---

<sup>51</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 181.

<sup>52</sup> L'expression est empruntée à J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 180.

<sup>53</sup> J.-P. PIZZIO, art. préc.

<sup>54</sup> La loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 précitée, consacre son titre V à la sécurité et conformité des biens et services et à la protection de l'environnement.

<sup>55</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 162.

<sup>56</sup> Conseil de la concurrence, *Rapport annuel 2006, Éditorial*, p. 5, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito\\_ra06.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/edito_ra06.pdf) : « La politique et le droit de la concurrence n'ont, en définitive, pas d'autre finalité que de contribuer à l'efficacité économique et au bien-être du consommateur. Les consommateurs ont tout à gagner lorsque le marché permet de sélectionner les meilleurs, c'est-à-dire les entreprises qui, grâce à leurs mérites, leur offriront le meilleur prix et le plus vaste choix de produits ou de services de qualité. Corrélativement, ils ont tout à perdre lorsque des entreprises se mettent d'accord pour pratiquer des prix artificiellement élevés ou lorsqu'une entreprise abuse de son pouvoir de marché pour décourager, discipliner ou évincer un concurrent ».

consommateurs<sup>57</sup>. Ainsi, et à titre d'exemple, dans un secteur où sévit un cartel, les consommateurs subissent une hausse des prix de l'ordre de 25 %<sup>58</sup>. Le démantèlement de ces cartels bénéficie dès lors au consommateur. Cette protection apparaît clairement à la lecture de plusieurs dispositions. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations, l'autorité de régulation doit prendre en compte « les intérêts des consommateurs intermédiaires et finaux »<sup>59</sup>. De même, les catégories de pratiques susceptibles de fausser la concurrence et qui ne bénéficient pas aux consommateurs, ne peuvent bénéficier d'une exemption par le régulateur<sup>60</sup>. Cette protection a également été affirmée par la Cour de justice de l'UEMOA<sup>61</sup>. Les consommateurs sont ainsi « le moteur de la concurrence par leurs choix éclairés sur le marché et les bénéficiaires de la concurrence »<sup>62</sup>. Ce droit protecteur empreint de justice a récemment volé au secours du partenaire en situation de dépendance économique.

**9.2. Le partenaire en situation de dépendance économique.** La protection du contractant en situation de dépendance économique est une tendance récente<sup>63</sup> de notre droit qui a pendant longtemps réservé une telle protection au consommateur. À cet égard, la loi portant organisation de la concurrence, comporte un chapitre III intitulé : « Des pratiques restrictives de concurrence », et comprenant quatre sections relatives à la revente à perte, aux pratiques de prix imposés, à

---

<sup>57</sup> Autorité de la concurrence (France), *Synthèse du rapport annuel 2018*, préc. p. 14.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>59</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, art. 12.

<sup>60</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, art. 36.

<sup>61</sup> Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 11 RP 003.20 du 30 avril 2014, Traoré T. M. et Syb L. S. D.

<sup>62</sup> Y. PICOD, « Droit du marché et droit commun des obligations. Rapport introductif », préc. Adde J.-C. RODA, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1504 ; A. DIABATE, art. préc.

<sup>63</sup> B. KAMENA, « Vers une inversion des rapports de force en droit privé malien ? » <http://publication.lecames.org/index.php/jur/article/view/368/251>, consulté le 17 octobre 2019.

l'imposition de délais de paiement et à l'exploitation abusive d'une position de dépendance économique. Le droit des pratiques restrictives de concurrence constitue une spécificité française qui « se préoccupe surtout de rééquilibrer les rapports de force entre producteurs et fournisseurs »<sup>64</sup> et poursuit selon le Conseil constitutionnel français, un « objectif d'intérêt général »<sup>65</sup>. C'est ce même souci de protection de la partie faible au contrat et par conséquent, d'équilibre micro économique, qui a conduit à l'adoption de ce dispositif par le législateur malien. La prohibition de « l'exploitation abusive par une entreprise, d'une position de dépendance économique dans laquelle se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseuse qui ne dispose pas de solution équivalente »<sup>66</sup> mérite à cet égard d'être rappelée. À l'instar du droit français, ce dispositif vise à « éviter que les relations qui se nouent entre les partenaires sur le marché soient perverties par le jeu des rapports de force »<sup>67</sup>. L'importance des sanctions prévues par le législateur pour assurer l'effectivité de ce droit<sup>68</sup> est une nouvelle manifestation de l'ordre public économique.

## 2. La diversité des sanctions

**10. La sanction est consubstantielle à la régulation.** Elle poursuit une double finalité : « [la] prévention particulière, qui s'applique au délinquant individuel ; et [la] prévention générale, qui s'applique à tous les membres de la communauté sans exception »<sup>69</sup>. Il s'agit d'une manifestation de l'ordre public économique qui « appelle (...) une police de la concurrence. Celle-ci a pour but de prévenir, faire cesser

---

<sup>64</sup> J.-C. RODA, art. préc.

<sup>65</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-749 du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres.

<sup>66</sup> Loi n° 2016-006 du 24 février 2016 portant organisation de la concurrence, art. 16, *JO* du 14 mars 2016, p. 448.

<sup>67</sup> Conseil de la concurrence, avis n° 87 A 12, *BO*, 26 déc. 1987, cité par F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>68</sup> Sur ces sanctions, voir, loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 23.

<sup>69</sup> *Œuvres de Jérémie Bentham, Tome 2, Théorie des peines et des récompenses*, 3<sup>ème</sup> éd., Société Belge de Librairie, 1840, p. 10.

et, le cas échéant, assurer la répression des comportements anticoncurrentiels, afin de protéger la liberté économique sous ses différentes formes »<sup>70</sup>. Aussi, le droit du marché consacre-t-il une mosaïque de sanctions : certaines sont administratives tandis que d'autres sont civiles.

**11. Les sanctions pénales et administratives.** L'importance de l'arsenal répressif prévu par le droit du marché et la dévolution du pouvoir de sanction à une autorité administrative –la direction générale du commerce, de la consommation et de la concurrence (DGCC)<sup>71</sup>– révèlent le caractère d'ordre public de ses dispositions et la volonté du législateur de soustraire, dans un souci d'efficacité économique, un pan entier de cette répression, des carcans rigides du droit pénal. Pour paraphraser Jean Carbonnier<sup>72</sup>, l'on pourrait dire qu'en droit du marché, l'ordre public s'incarne dans la DGCC. La DGCC est là, avec sa panoplie de sanctions ; elle est à l'intérieur du contrat, sur les lieux mêmes de l'exécution du contrat. Ce droit qui entend lutter contre les comportements abusifs, est « dirigé contre l'attitude d'une personne dont il s'agit d'engager la responsabilité – on sanctionne, donc son comportement abusif, ce qui se traduit par la possibilité de lui infliger une amende (...). La sanction de la personne est première qui tend à éradiquer, dans l'intérêt général, les comportements "néfastes pour l'économie (et pour le consommateur)" »<sup>73</sup>. Ainsi, il a été à juste titre relevé que la réglementation relative au déséquilibre significatif « ne sanctionne pas tant la clause que le fait (...) d'avoir imposé la clause par la force »<sup>74</sup>. Il s'agit d'une différence fondamentale avec le droit commun qui,

---

<sup>70</sup> G. MARCOU, art. préc. p. 96.

<sup>71</sup> Ordonnance n° 2017-013/P-RM 6 mars 2017, préc. art. 2.

<sup>72</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 162.

<sup>73</sup> O. DESHAYES, T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 343.

<sup>74</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 343. *Adde* E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com.* 2014, p. 267 : « le comportement déloyal du partenaire commercial est au cœur du dispositif ».

s'inscrit généralement, dans une optique objective de sanction du contrat plutôt que de la personne<sup>75</sup>.

Par ailleurs, le caractère sommaire des garanties procédurales applicables devant le régulateur, révèle l'objectif d'efficacité économique assigné à la répression administrative<sup>76</sup>. Ainsi, les différents textes se contentent de réglementer la phase d'enquête et d'énoncer les principes généraux de la procédure que sont le principe du contradictoire, le respect des délais, l'exigence de motivation des décisions et la publication des décisions sous réserve du respect des règles de la confidentialité<sup>77</sup>. La question des conflits d'intérêts pouvant impliquer les enquêteurs ainsi que le déroulement de la phase décisive font cependant l'objet d'un vide juridique. La solution paraît contestable du point de vue de la protection des droits des citoyens : la dévolution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative ne saurait s'accompagner d'un risque d'injustice pour les acteurs du marché. L'exercice de ce pouvoir trouve sa légitimité dans le respect des garanties processuelles fondamentales. Dès lors, la publication par la DGCC, d'une charte énonçant les droits et obligations des parties lors des différentes phases de la procédure, ne peut qu'être préconisée.

Le souci d'efficacité économique justifie également la dévolution d'un pouvoir de transaction à la DGCC relativement aux faits relevant de sa compétence<sup>78</sup>. En droit de la consommation, la transaction demeure possible après la saisine du juge, qui peut faire droit à la requête des personnes poursuivies ou de l'une d'entre elles, tant qu'une décision statuant au fond n'est pas devenue définitive<sup>79</sup>. La conclusion de la transaction entraînera alors l'extinction de l'action publique<sup>80</sup>. Il s'agit d'une sorte de contractualisation de la répression

---

<sup>75</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 343.

<sup>76</sup> Sur cette procédure, voir décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 61 et s. ; décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, art. 61 et s.

<sup>77</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, art. 64.

<sup>78</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 69 ; loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 25.

<sup>79</sup> Décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 76.

<sup>80</sup> *Ibid.*, art. 77.

qui permet aux parties d'éviter le temps et le coût d'un procès ainsi que le risque qu'une décision de condamnation pourrait présenter en termes d'image et de réputation.

**12. Les sanctions civiles.** Outre les sanctions pénales et administratives, le manquement aux règles du marché expose son auteur à des sanctions civiles (nullité, dommages et intérêts, inexistance partielle du contrat). À cet égard, mérite d'être relevée, l'originalité de la sanction consistant en l'inexistence partielle du contrat. En droit de la consommation, les clauses abusives sont réputées non écrites, le contrat devant alors être appliqué en ses autres dispositions<sup>81</sup>. Cette sanction qui n'est rien d'autre que l'éradication de plein droit de la clause paraît « plus énergique que la nullité partielle », avec un régime plus sévère inspiré de « l'idée selon laquelle la relation contractuelle doit être traitée exactement comme si la clause n'avait jamais figuré dans l'accord »<sup>82</sup>. Aussi, la victime pourra-t-elle invoquer le caractère abusif de la clause sans saisir le juge, et ce dernier, le soulever d'office<sup>83</sup>. Ainsi, à la différence de la nullité, « le réputé non écrit produit automatiquement ses effets »<sup>84</sup>. La sévérité de cette sanction et l'important pouvoir d'intervention judiciaire dans la sphère contractuelle résultant de la réglementation des clauses abusives constituent une nouvelle manifestation de l'ordre public économique. L'émergence de cet ordre public s'est également traduite par de nombreux infléchissements au droit commun des contrats.

#### *B. Les infléchissements apportés au droit commun des contrats*

Les principes du droit commun des contrats sont souvent mis en échec par les règles du droit du marché. « Nouvel avatar de l'ordre

---

<sup>81</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 19.

<sup>82</sup> O. DESHAYES, T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 339.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> J.-D. DESHAYES, T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, « De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit », *Dalloz actualité*, 1<sup>er</sup> avril 2019.

public en matière contractuelle »<sup>85</sup>, le droit du marché est devenu, « un droit nécessairement perturbateur du droit commun, un corps de règles très directives qui fait peser sur le contrat une forte contrainte »<sup>86</sup>. Ainsi, le souci de justice contractuelle qui anime le droit du marché, s'est traduit par une remise en cause du postulat d'égalité des parties au contrat comme fondement de la force obligatoire du contrat (1) et des atteintes substantielles à la liberté contractuelle (2).

*1. Une remise en cause du postulat d'égalité des parties au contrat*

Le droit commun des contrats repose sur le postulat d'égalité des parties, générateur de conventions librement négociées et équilibrées. Ce postulat a progressivement volé en éclat en raison des grandes inégalités qui caractérisent, de nos jours, les rapports de force, en matière contractuelle. Cette inversion du constat « autorise à repenser le fondement de la force obligatoire ou, au moins, la conception du contrat »<sup>87</sup>. Le droit du marché n'a pas manqué d'en tirer les conséquences : une exigence de transparence accrue se trouve imposée au professionnel tandis que la partie faible au contrat se voit doter de nouveaux outils de protection de l'intégrité de son consentement.

**13. Le renouveau du formalisme et de la transparence.** Le renforcement de l'exigence de transparence constitue une originalité du droit du marché justifiée par la nécessité de lutter contre les asymétries d'informations et d'assurer une meilleure protection de l'intégrité du consentement des parties au contrat. En effet, il s'agit pour le législateur, de « réintroduire les conditions d'un consentement libre et éclairé, afin que les postulats initiaux, de liberté et d'égalité des parties, trouvent à s'appliquer et justifient l'exécution du contrat tel qu'il a été prévu »<sup>88</sup>. Ainsi, en droit de la consommation, pèse sur le professionnel, une obligation de transparence, « une obligation de renseigner pleinement le non-professionnel, et pour être en état de le

---

<sup>85</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>86</sup> B. FAGES et J. MESTRE, art. préc.

<sup>87</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 430.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 433.

faire, de se renseigner lui-même à fond, d'étudier son produit, de l'expérimenter et de rendre publics les résultats de son analyse »<sup>89</sup>. Il suffit de lire, un instant de raison, les dispositions de la loi portant protection du consommateur et son décret d'application pour s'en convaincre : un titre entier est consacré à l'information du consommateur<sup>90</sup>. Il en va de même de la loi relative aux transactions, échanges et services électroniques<sup>91</sup>. La solution se démarque du droit commun où « les parties ne sont pas obligées de tout dire : chacune a droit au quant-à-soi, à la réticence, voire au mensonge, pourvu qu'il ne soit pas matérialisé dans des manœuvres frauduleuses. Après tout, la liberté de contracter, c'est la liberté de contracter librement, sans dramatisation, avec confiance en la fiabilité de sa propre prestation »<sup>92</sup>.

Aux côtés de cette transparence accrue, mérite d'être relevé, le renouveau du formalisme en droit du marché et plus précisément, d'un « formalisme poussé à l'extrême pour assurer la protection du consommateur »<sup>93</sup>. Il s'agit d'un élément essentiel de l'ordre public<sup>94</sup>. Les règles relatives au crédit à la consommation et au crédit immobilier, qui prévoient notamment la remise d'une offre préalable écrite au consommateur ainsi que celles relatives aux contrats de consommation conclus à la suite d'un démarchage<sup>95</sup> sont révélatrices de cette montée en puissance du formalisme et du recul du consensualisme dans notre droit<sup>96</sup>. Ce formalisme s'accompagne de mécanismes originaux d'expression et de retrait du consentement.

**14. Le délai de réflexion.** Le droit du marché connaît des mécanismes novateurs destinés à assurer une meilleure protection de l'intégrité du

---

<sup>89</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 182.

<sup>90</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. titre II ; décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. titre I.

<sup>91</sup> Loi n° 2016-012 du 6 mai 2016, préc. art. 54, 55 et 57.

<sup>92</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 182.

<sup>93</sup> J.-P. PIZZIO, art. préc.

<sup>94</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>95</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 25.

<sup>96</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 50 et s. ; décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 20 et s.

consentement de la partie faible au contrat. C'est notamment le cas du délai de réflexion. En matière de crédit immobilier, l'emprunteur et la caution disposent d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception de l'offre préalable de crédit<sup>97</sup>. Il s'agit d'un délai pendant lequel le consommateur, qui doit mûrir sa réflexion, ne saurait valablement accepter l'offre de crédit à lui faite, ce qui a pour effet de retarder la conclusion du contrat.

**15. La faculté de repentir.** La faculté de repentir constitue une autre originalité du droit du marché. En effet, « tandis que, selon le droit commun des contrats, il faut que la décision ultime se prenne irrévocablement d'un seul trait, le droit de la consommation s'accommode d'une faculté de repentir »<sup>98</sup>. Ainsi, dans les sept jours du contrat, l'emprunteur dans une opération de crédit à la consommation, peut revenir sur le consentement qu'il a donné<sup>99</sup>. De même, en matière de contrat conclu à distance par voie électronique, le consommateur dispose d'un délai de rétractation de quinze jours à compter de la conclusion du contrat, pour les services et, à compter du jour où il prend possession physiquement du bien, dans les autres cas<sup>100</sup>.

**16. Une surprotection d'une utilité discutable.** Ces mécanismes de protection de la partie faible à la relation contractuelle sont-ils dans tous les cas justifiés ? L'on pourrait en douter. En effet, l'utilité de certains mécanismes paraît discutable. Il en est ainsi de l'article 25 de la loi portant protection du consommateur qui dispose que les opérations de démarchage doivent faire l'objet d'un contrat écrit dont un exemplaire doit être remis au consommateur. Il suffit de penser, un instant de raison, à l'application de ce texte aux diverses opérations conclues par des vendeurs ambulants et, dans bien des cas, pour des montants assez modestes, pour constater son inutilité dans certains

---

<sup>97</sup> Décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 30.

<sup>98</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 183.

<sup>99</sup> Décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 26.

<sup>100</sup> Loi n° 2016-012 du 6 mai 2016, préc. art. 72.

cas. D'où la nécessité de cantonner son champ d'application aux opérations présentant une certaine complexité ou un certain coût financier. En outre, les mécanismes de protection susvisés présentent le risque d'« infantiliser » le consommateur, avec son corollaire, le risque, pour la société que « les adultes prennent l'habitude de se comporter en enfants »<sup>101</sup>. Par ailleurs, la mise en œuvre de ces mécanismes et notamment l'obligation d'information, a un coût que le professionnel ne manquera pas de faire répercuter sur le prix du produit. Enfin, « l'information trop pleine a un effet de saturation, et la recherche de transparence glissera du produit vers la personne du professionnel (on se lasse plus vite de comprendre que d'aimer) »<sup>102</sup>.

La protection du consommateur a conduit à l'émergence de mécanismes juridiques originaux conduisant souvent à une remise en cause de certains principes du droit commun dont notamment la liberté contractuelle.

## 2. Une liberté contractuelle au rabais

La liberté contractuelle connaît de nombreuses limites en droit du marché. Ces atteintes qui constituent « l'une des manifestations des progrès de l'interventionnisme économique »<sup>103</sup>, concernent tant la liberté de ne pas contracter que celle de définir le contenu du contrat. L'incrimination du refus de vente, de la revente à perte et l'encadrement du crédit gratuit, en constituent l'éclatante illustration.

**17. L'incrimination du refus de vente.** La liberté de ne pas contracter est l'un des aspects de la liberté contractuelle<sup>104</sup>. La prohibition du refus de vente par le droit du marché<sup>105</sup> vient considérablement limiter cette liberté<sup>106</sup>. La concurrence récuse ainsi « le socle de l'autonomie

---

<sup>101</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 183.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>103</sup> G. MARCOU, art. préc. p. 85.

<sup>104</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 59.

<sup>105</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art., 30 et 37 ; décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, art. 55.

<sup>106</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

de la volonté, à savoir la liberté de ne pas contracter »<sup>107</sup>. Cette prohibition est pleinement justifiée en ce qu'elle vise à lutter contre certaines pratiques discriminatoires et abusives dont peuvent être victimes les consommateurs et les opérateurs économiques. En effet, un refus de vente peut être motivé par la volonté d'évincer un acteur du marché.

**18. L'incrimination du refus de la revente à perte.** La liberté contractuelle implique la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat<sup>108</sup>. Ce principe connaît un certain nombre de tempéraments en droit du marché qui tend progressivement à « imposer une police du contenu du contrat »<sup>109</sup>, justifiée par la nécessité de protéger le marché et l'intégrité du consentement de la partie faible au contrat. Les atteintes à la liberté de fixation des prix méritent à cet égard d'être rappelées.

La question de la définition du prix ou du moins du juste prix, revêt une importance particulière en droit du marché dans la mesure où le prix a un impact direct sur la concurrence et la consommation qu'entend stimuler ce droit. Dès lors, de façon plus originale, le droit du marché manifeste une certaine méfiance à l'égard de certaines pratiques dont notamment la revente à perte et le crédit gratuit.

La revente à perte étant, à première vue une « pratique commerciale irrationnelle, voire contre nature »<sup>110</sup>, venant, accroître le surplus du consommateur, il est étonnant que le législateur ait jugé nécessaire de la prohiber. L'analyse des effets de cette pratique sur la

---

<sup>107</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004, p. 451.

<sup>108</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 59 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence. Le droit français de la concurrence est-il devenu trop rigide ? » *Contrats, Concurrence, Consommation* n° 6, juin 2019, dossier 2.

<sup>109</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence », art. préc.

<sup>110</sup> *Lamy droit économique. Concurrence, distribution, consommation*, éd. 2013, Éditions Lamy, collec. Lamy droit des affaires, n° 2338.

concurrence révèle cependant sa nocivité pour le marché, en ce compris, le consommateur. Il s'agit en réalité d'une pratique commerciale permettant de réaliser « un îlot de pertes dans un océan de profits »<sup>111</sup>. Plus précisément, par cette technique, un commerçant cherche à « éliminer la concurrence locale et accaparer le marché et, une fois ce but atteint, à vendre de nouveau au prix normal ou même au-dessus »<sup>112</sup>. L'interdiction de la revente à perte visait initialement, en droit français, à protéger les distributeurs traditionnels contre les abus de la grande distribution<sup>113</sup>.

Analysée sous l'angle du droit commun des obligations, la prohibition de la revente à perte constitue une limite importante à la liberté des parties de fixer le prix du bien objet du contrat, justifiée par la nécessité de protéger les concurrents<sup>114</sup> et les consommateurs. À cet égard et ainsi que l'a relevé la doctrine, le droit du marché est beaucoup plus exigeant sur ce point<sup>115</sup>. En effet, en droit commun, « la lésion n'est pas, sauf exception, une cause d'anéantissement du contrat, et seul le prix vil, c'est-à-dire dérisoire, est à même de conduire à l'annulation. Or, le droit de la concurrence est pour sa part beaucoup plus exigeant. Il condamne, (...), la revente à perte »<sup>116</sup>, qui constitue une menace redoutable pour la concurrence.

**19. L'encadrement du crédit gratuit.** Le crédit gratuit s'entend de l'opération par laquelle les taxes et frais normalement dus par le consommateur, sont pris en charge par le fournisseur<sup>117</sup>. Cette

---

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> CA Paris, 24 novembre 1969, citée par Lamy *droit économique. Concurrence, distribution, consommation*, préc. n° 2338.

<sup>113</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>114</sup> Cette protection apparaît à la lecture de l'article 54 du décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018.

<sup>115</sup> B. FAGES et J. MESTRE, art. préc.

<sup>116</sup> B. FAGES et J. MESTRE, art. préc. *Adde* E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com.* 2014, p. 267, où l'auteur rappelle : « En droit commun des contrats, l'équilibre n'est jamais un critère de validité, si l'on excepte la sanction de la lésion ».

<sup>117</sup> Décret n° 2016-0482/P-RM du 7 juillet 2016, préc. art. 22.

opération qui, à première vue, est favorable à l'intérêt du consommateur, suscite cependant la méfiance chez le législateur en raison du risque d'endettement qu'elle emporte pour le consommateur et, de fourniture sous couvert de cette opération, de crédits véritablement onéreux. Dès lors, en matière de crédit gratuit, le prêteur ne saurait fixer un prix toutes taxes comprises supérieur au prix le plus bas pratiqué au cours des trente derniers jours<sup>118</sup>. Il s'agit d'une atteinte à la liberté contractuelle et une manifestation de l'ordre public économique.

La nécessité d'assurer un fonctionnement efficient du marché et une meilleure protection de la partie faible à la relation contractuelle a conduit à l'émergence, aux côtés du droit civil, d'un corps de règles directives et perturbatrices de certains principes du droit commun. Ce droit est également source d'insécurité juridique en matière contractuelle.

## **II. L'émergence de nouveaux facteurs d'insécurité juridique en matière contractuelle**

Le droit du marché est un droit empreint de pragmatisme et animé d'un souci d'efficacité économique. Ce souci d'efficacité économique justifie la place grandissante réservée au raisonnement économique (*B*) et le recours, par le législateur, à des concepts flous, qui offrent d'importantes marges de manœuvre au juge au détriment de la sécurité juridique (*A*).

### ***A. Le flou conceptuel***

Le droit du marché a recours à des notions qui brillent par leur imprécision et leur généralité. Les mécanismes de rééquilibrage du contrat (1) et le droit de la rupture de relations commerciales en sont l'illustration topique (2).

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, art. 23.

1. *Le flou des mécanismes de rééquilibrage du contrat*

Le droit du marché est hostile aux déséquilibres contractuels. D'où l'émergence de mécanismes de rééquilibrage du contrat que sont les règles relatives au « déséquilibre significatif » et à « l'avantage excessif ».

**20. Le « déséquilibre significatif » : une notion aux contours incertains.** Cette notion fut introduite dans notre droit, par le décret d'application de la loi relative à la concurrence, qui<sup>119</sup>, au titre de l'abus de dépendance économique, vise « la soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Ce dispositif fut inspiré du droit français dont l'objectif était de lutter contre les abus de force dans le secteur de la grande distribution<sup>120</sup>. Le déséquilibre est en effet perçu comme « une pathologie du contrat devant être éradiquée »<sup>121</sup>, « une forme grave de l'abus, témoignant d'un manquement à la bonne foi contractuelle lors des négociations »<sup>122</sup>.

Cela étant, l'on ne manquera pas de relever l'imprécision de la notion de « déséquilibre significatif »<sup>123</sup> qui a donné lieu à un abondant contentieux en France<sup>124</sup> et notamment à la saisine, à deux reprises, du Conseil constitutionnel.

Dans la première décision rendue le 13 janvier 2011<sup>125</sup>, était contestée, la conformité de la notion de « déséquilibre significatif » au principe de légalité des délits et des peines. L'argument fut écarté par

---

<sup>119</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, préc. art. 55.

<sup>120</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 346.

<sup>121</sup> E. GICQUIAUD, art. préc.

<sup>122</sup> P. LE TOURNEAU ET M. ZOIA, « Synthèse-Réseaux de distribution », *JCl. Contrats-Distribution*.

<sup>123</sup> GRANUT/société d'avocats, « Le pouvoir accru du juge : une ingérence dans la relation entre partenaires commerciaux », *Revue Lamy de la concurrence* n° 49, avril 2016, 2954 : « Le “déséquilibre significatif” est une notion éminemment imprécise. Malheureusement, le législateur n'a pas pris le risque d'en proposer une définition ».

<sup>124</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution, op. cit.*, n° 668 et s.

<sup>125</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils.

le Conseil constitutionnel au motif que « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation (...). Qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ». Tel n'est cependant pas le cas dans notre droit où la notion « d'avantage excessif »<sup>126</sup> prévue en droit de la consommation et encore moins celle de « déséquilibre significatif », n'ont à notre connaissance, fait l'objet de précisions jurisprudentielles.

Dans la seconde décision, c'est la conformité de la règle du déséquilibre significatif à la liberté contractuelle qui était contestée. Selon les requérants, en ce qu'il permet au juge de contrôler le prix des biens faisant l'objet d'une négociation commerciale<sup>127</sup>, ce dispositif « empêcherait la libre négociation du prix et permettrait sa remise en cause par le juge » et constituerait « une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre ». L'argumentation fut écartée par le Conseil constitutionnel<sup>128</sup>. Ce dispositif apparaît dès lors comme un instrument de lutte tant contre les « déséquilibres juridiques » que les « déséquilibres économiques »<sup>129</sup> ou

---

<sup>126</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 3.

<sup>127</sup> En droit français, le déséquilibre significatif pourrait résulter d'un déséquilibre financier. Voir sur cette question, Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547 ; I. LUC, « L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires », *AJ Contrat* 2014, p. 109.

<sup>128</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-749 du 30 novembre 2018, Société Interdis et autres ; G. LEROY ET S. BEAUMONT, « Le contrôle judiciaire des prix au titre du déséquilibre significatif issu du Code de commerce est conforme à la Constitution », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 81, mars 2019, p. 14.

<sup>129</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 353. Adde E. GICQUIAUD, art. préc. : « En théorie, le juge peut non seulement intervenir sur le contrat en appréciant son équilibre juridique -ce qui n'est pas nouveau puisque le droit de la consommation l'admet sans peine- mais il peut

« déséquilibres objectifs »<sup>130</sup>. Il en résulte, « une avancée de la théorie de la lésion par rapport au droit commun »<sup>131</sup>. Il en va de même de « l'avantage excessif ».

**21. « L'avantage excessif » : une notion empreinte d'incertitudes.**

L'avancée de la théorie de la lésion fut également relevée en droit de la consommation à propos du dispositif relatif aux clauses abusives. Sont visées, les clauses qui donnent à l'une des parties, « un avantage excessif »<sup>132</sup>. La généralité de la notion milite en faveur d'un contrôle judiciaire des prix, ce qui constitue une autre originalité du droit du marché. En effet, et ainsi qu'il a déjà été rappelé, contre la lésion dans les contrats, « le préjudice pécuniaire résultant d'une disparité de valeur entre les prestations, une défense n'est accordée qu'exceptionnellement par le (droit) civil (...). Le droit de la consommation, qui ne parle pas de lésion, est apparemment plus large : il condamne l'avantage excessif qu'un professionnel aurait obtenu dans le contrat en abusant de sa puissance économique »<sup>133</sup>. Sur ce point, notre droit de la consommation paraît plus sévère que le droit français et surtout, porteur d'insécurité juridique. En effet, en droit français de la consommation, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne saurait porter ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert<sup>134</sup>. Il en résulte, dans notre droit, un recul du principe d'intangibilité des contrats.

---

maintenant vérifier l'équilibre économique de celui-ci. La sanction du déséquilibre significatif permet en droit de la distribution le contrôle des prestations financières, ce qui est exclu en droit de la consommation. Il s'agit d'une remise en cause conséquente de la conception traditionnelle du contrat ».

<sup>130</sup> F. DREIFUS-NETTER, art. préc.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015, préc. art. 3.

<sup>133</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 183.

<sup>134</sup> Code de la consommation, art. L. 212-1.

**22. Le recul du principe d'intangibilité des contrats.** L'admission du contrôle judiciaire du prix n'est pas sans susciter des réserves en ce qu'elle est porteuse d'insécurité juridique<sup>135</sup>. Le contrat étant un instrument de prévision à la disposition des parties, « les anticipations des parties, particulièrement sur l'équilibre initial de l'opération, doivent (...) être maintenues au cours de l'exécution du contrat »<sup>136</sup>. C'est le principe d'intangibilité du contrat<sup>137</sup>, qui fait obstacle à toute modification unilatérale du contrat. Le contrat est ainsi « un temple de la bilatéralité au sein duquel la volonté unilatérale des parties n'a pas sa place »<sup>138</sup>. Ce principe a pour corollaire, le principe de non-immixtion du juge dans le contrat ou à tout le moins, la limitation de son intervention au strict minimum<sup>139</sup>. La recherche, par notre droit, d'un « équilibre global entre la prestation promise et le prix demandé »<sup>140</sup>, constitue une atteinte au principe d'intangibilité des contrats. En effet, c'est au juge d'apprécier le caractère « excessif » de l'avantage ou le caractère « significatif » du déséquilibre. Il s'agit d'une remise en cause conséquente de la conception traditionnelle du contrat, les « fondements mêmes de la matière sont ébranlés puisqu'il paraît désormais possible pour le juge de contrôler, et même de rétablir l'équilibre financier du rapport d'obligation »<sup>141</sup>. Ce risque d'insécurité juridique est également inhérent au droit de la rupture de relations commerciales.

---

<sup>135</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence », art. préc.

<sup>136</sup> G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Contenu du contrat », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

<sup>137</sup> Loi n° 87-31/ AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations, art. 77, al. 2.

<sup>138</sup> M. LATINA, « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> L'expression est empruntée à J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2003, n° 182, cité par D. FERRIER et D. FERRE, « La réforme des pratiques commerciales », *Recueil Dalloz* 2008, p. 2234.

<sup>141</sup> E. GICQUIAUD, art. préc.

2. *Le flou du droit de la rupture de relations commerciales*

**23. La notion de « rupture brutale des relations commerciales établies ».** Cette notion fut introduite en droit français en 1996, par la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, dans un souci de protection des « fournisseurs contre les déréférencements abusifs des distributeurs, assortis de préavis très brefs susceptibles d'empêcher toute reconversion »<sup>142</sup>. Elle fut récemment reprise par notre droit<sup>143</sup>, qui vise au titre de l'abus de dépendance économique, « la rupture brutale d'une relation commerciale établie sans préavis écrit » et « l'achat ou la vente de biens ou de services, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales »<sup>144</sup>.

**24. Une notion empreinte d'incertitudes.** À l'instar du « déséquilibre significatif », la notion de « rupture brutale d'une relation commerciale établie » est porteuse d'insécurité juridique. En effet, l'interrogation demeure relativement à la définition de la « relation commerciale établie », de la durée du préavis et du caractère brutal de la rupture de la relation commerciale. La doctrine française n'a pas manqué de dénoncer les « dérives et (...) multiples effets pervers du droit de la rupture de relations commerciales établies »<sup>145</sup>. Cette imprécision des textes confère au juge un important pouvoir d'interprétation au détriment de la sécurité juridique<sup>146</sup>. Il en a résulté, en droit français, un abondant contentieux avec plus de trois cent

---

<sup>142</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *JORF*, 25 avril 2019, texte 15.

<sup>143</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, préc. art. 55.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ Contrat* 2019, p. 208.

<sup>146</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les nouvelles protections de l'autonomie du commerçant dans la concurrence », art. préc.

jugements au fond par an<sup>147</sup>, ce que la doctrine n'a pas manqué de dénoncer<sup>148</sup>. L'interprétation jurisprudentielle de ces notions a donné lieu à quatre principales dérives qu'il convient ici de rappeler et qui ont conduit à une intervention législative, en France.

En premier lieu, ce droit « a pu avoir pour effet d'imposer aux entreprises de rester en relation avec des partenaires pendant de très longs préavis même si leurs offres commerciales ne correspondaient plus aux conditions du marché »<sup>149</sup>.

En deuxième lieu, le droit de la rupture de relations commerciales établies, est « souvent détourné de son objet initial, l'augmentation de la durée des préavis et le coût des indemnités n'incitant pas les partenaires à faire jouer la concurrence même lorsque celle-ci serait in fine bénéfique pour le consommateur »<sup>150</sup>.

En troisième lieu, « le coût excessif (des) ruptures est souvent répercuté sur le prix de vente, ce qui est contraire à l'objectif recherché »<sup>151</sup>.

En dernier lieu, c'est la longueur des délais de préavis qui fut dénoncée<sup>152</sup>.

Face à ces dérives, le législateur français a dû, dans l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019<sup>153</sup>, apporter des précisions quant à la durée du préavis. En effet, la responsabilité de l'auteur de la rupture du chef d'une durée insuffisante de préavis, est désormais exclue, si un préavis d'au moins dix-huit mois a été accordé<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, préc.

<sup>148</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, art. préc.

<sup>149</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, préc.

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, art. préc.

<sup>153</sup> Portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées

<sup>154</sup> Code de commerce, art. L. 442-1.

Par ailleurs, et contrairement au législateur français qui a pris certaines précautions rédactionnelles et processuelles, le législateur malien s'est contenté d'encadrer la rupture des relations commerciales à travers un corps de règles empreintes d'imprécisions notoires. En effet, le droit malien soumet la rupture de la relation commerciale à l'exigence d'un simple « préavis écrit », là où le droit français a pris le soin d'encadrer le contrôle judiciaire sur ce point, en exigeant que le préavis « tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ». Au plan processuel, et afin de limiter les contrariétés de décisions, le législateur français a confié le traitement du contentieux de la rupture de relations commerciales à huit tribunaux de commerce et désigné la cour d'appel de Paris, comme juridiction d'appel<sup>155</sup>. Les insuffisances de ce dispositif sont toujours cependant dénoncées par la doctrine française<sup>156</sup>.

Dans ces conditions, le recours, par notre droit, à des notions aussi floues et incertaines, qui au demeurant, constituent une spécificité française<sup>157</sup>, paraît pour le moins curieux. Dans le contexte actuel de concurrence normative et de crise économique que connaît notre pays, est-il opportun de soumettre nos entreprises à des contraintes aussi importantes et dangereuses ? La création aux côtés du droit commun et du droit de la consommation, d'un régime contractuel propre aux activités économiques, n'est-elle pas de nature à nuire à la cohérence et à la lisibilité de notre droit des contrats ? Face à cette insécurité grandissante, une réforme de notre commun des contrats tendant à assurer une meilleure justice contractuelle conciliant les différents intérêts nous paraît plus que jamais nécessaire. Cette rénovation du droit commun donnera de la cohérence à notre droit tout en mettant fin à certains régimes spéciaux.

Le recours par le droit du marché à des notions aux contours incertains, est porteur d'insécurité juridique nuisant à l'attractivité de

---

<sup>155</sup> Code de commerce, art. D. 442-3.

<sup>156</sup> L. VOGEL et J. VOGEL, art. préc.

<sup>157</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, préc.

notre droit. À cette insécurité, s'ajoute malheureusement celle liée au développement du raisonnement économique en matière contractuelle.

***B. Le développement du raisonnement économique en matière contractuelle***

Le droit du marché est un droit éminemment économique. Dès lors, dans l'élaboration et l'application de ses règles, une place de premier rang est réservée aux concepts et aux raisonnements économiques. La démarche est porteuse d'insécurité juridique. Un rappel de la méthode de caractérisation des pratiques anticoncurrentielles (1) ainsi que des règles d'exemption des pratiques anticoncurrentielles nous permettra de nous en convaincre (2).

*1. La caractérisation des pratiques anticoncurrentielles*

**25. L'effet et l'objet anticoncurrentiels de l'accord.** L'ordre public économique interdit toute entrave à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>158</sup> et au libre jeu de la concurrence : c'est le visage libéral de l'ordre public économique<sup>159</sup>. Il « détermine (...) les conditions et les limites de l'exercice de la liberté économique »<sup>160</sup> et « appelle (...) une police de la concurrence. Celle-ci a pour but de prévenir, faire cesser et, le cas échéant, assurer la répression des comportements anticoncurrentiels, afin de protéger la liberté économique sous ses différentes formes »<sup>161</sup>. À cet égard, une attention particulière est accordée aux relations contractuelles nouées entre les partenaires économiques. Celles ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel encourent la nullité sans préjudice de l'application des sanctions dont sont passibles leurs auteurs. Il s'agit d'« une condition originale qui ne

---

<sup>158</sup> G. MARCOU, art. préc. p. 85.

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 96.

présente aucune analogie avec le droit civil »<sup>162</sup> et consistant à retirer le « venin anticoncurrentiel du contrat »<sup>163</sup> et à infliger une punition à l'auteur de la pratique. L'analogie avec les mécanismes du droit pénal et notamment la distinction infraction formelle/ infraction matérielle a été relevée avec pertinence<sup>164</sup>. L'infraction formelle est celle qui ne nécessite pas de résultat et dont l'exemple type est l'empoisonnement tandis que l'infraction matérielle est celle qui nécessite un résultat, l'exemple type étant l'homicide par imprudence qui nécessite un résultat : la mort de la victime. À cette distinction, correspond la distinction entente ayant un objet anticoncurrentiel/ entente ayant un effet anticoncurrentiel. Dans le premier cas, l'entente est une infraction formelle. Aussi, se contente-t-on, d'un objet anticoncurrentiel, « c'est-à-dire d'une intention, d'un but commun de porter atteinte au marché, sans avoir à rechercher si cette intention a déjà produit les effets qu'elle aura probablement »<sup>165</sup>. Dans le second cas, l'entente est une infraction matérielle dont la répression suppose la preuve des effets nuisibles de l'accord sur le marché.

#### **26. Le caractère évolutif de la notion de pratique anticoncurrentielle.**

L'originalité de la notion de pratique anticoncurrentielle tient en son caractère évolutif ; le marché n'étant jamais figé, une clause licite peut devenir illicite si le contractant est en position dominante ou s'il existe d'autres contrats similaires qui font du marché un marché fermé<sup>166</sup>. Dans ce dernier cas, l'ensemble des contrats similaires passés par les parties sera pris en considération par le juge dans le cadre de l'examen de l'éventuel caractère anticoncurrentiel du contrat qui lui est soumis.

---

<sup>162</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, préc. Adde M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », *Revue des contrats* 2004, n° 3, p. 870.

<sup>163</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD Civ.* 2004, p. 451.

<sup>164</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations) », art. préc.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, préc.

La méthode, on le sait, paraît discutable en ce qu'elle oblige les parties à un accord, à tenir compte d'éléments extérieurs<sup>167</sup>. Elle constitue également une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats, manifestation du caractère d'ordre public des règles du marché<sup>168</sup>. La condition d'atteinte à la concurrence apparaît ainsi comme la mesure, le fondement et la limite du pouvoir d'intervention du juge et des autorités de régulation<sup>169</sup> et un instrument de contrôle du contenu et des effets du contrat.

**27. La prééminence du raisonnement économique dans la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles.** L'originalité de la notion de pratique anticoncurrentielle tient surtout à la place de plus en plus importante réservée au raisonnement économique et qui innerve les décisions judiciaires notamment en droit comparé<sup>170</sup>. La solution se comprend aisément dans la mesure où le « droit de la concurrence trouve son origine et sa justification dans l'analyse économique du fonctionnement des marchés qui conclut à la supériorité d'un fonctionnement concurrentiel pour une allocation optimale des ressources »<sup>171</sup>. Dès lors, toute pratique susceptible de porter atteinte au fonctionnement de la concurrence encourt les foudres de l'autorité de régulation. Ainsi, les fusions et acquisitions d'entreprises sont interdites lorsqu'elles « risquent de créer une position de force ayant pour conséquence une réduction effective de

---

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, préc. Adde M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation » : « La prohibition des ententes et des abus de position dominante relève de l'ordre public, comme de très multiples autres règles, et les contractants qui les méconnaissent voient leur contrat anéanti ».

<sup>169</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, préc.

<sup>170</sup> M. CHAGNY, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », art. préc. ; N. MOUY, « L'utilisation des concepts économiques de l'analyse concurrentielle par le juge administratif », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 44-45, 29 octobre 2007, 2289.

<sup>171</sup> N. MOUY, art. préc.

la concurrence au sein du marché national de tout produit »<sup>172</sup>. Selon la Cour de justice de l'UEMOA, « les critères économiques sont essentiels dans la détermination de la position dominante des entreprises, candidates à l'opération de concentration »<sup>173</sup>. En matière d'abus de position dominante, sont visés, les actes susceptibles d'avoir des « effets préjudiciables au commerce ou au développement économique »<sup>174</sup>. Il s'agit de notions éminemment économiques. Il en va de même de la notion de « pouvoir de marché » qui est la base de la notion de « position dominante »<sup>175</sup> ou encore de la notion de « marché pertinent » qui est une notion propre au droit du marché et devant être distinguée du marché comme lieu de rencontre de l'offre et de la demande des biens et services<sup>176</sup>. La délimitation du marché pertinent qui est une étape clé du processus de caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle implique un raisonnement purement économique. Dans ces conditions, il est indispensable que le juge « dispose d'une culture économique le mettant en mesure de comprendre les enjeux, de dialoguer avec les experts économiques et de faire application des préceptes économiques en se les réappropriant »<sup>177</sup>, ce qui constitue un nouveau défi pour notre justice. Ce défi s'impose également aux rédacteurs de contrats qui doivent accorder une attention particulière aux règles du droit de la concurrence afin de prémunir, les parties au contrat, d'une remise en cause de leur accord pour manquement aux règles du droit du marché. L'on mesure dès lors aisément le risque d'insécurité juridique qui sévit en matière contractuelle. À ce facteur d'insécurité, s'ajoute celui résultant de l'application des règles d'exemption des pratiques

---

<sup>172</sup> Loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 6.

<sup>173</sup> Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 002/2018 du 9 mai 2018, sociétés Suneor-SA, Sodefitex, SN-CITEC, Nioto-Sa, Socoma-Sa c/ sociétés Unilever CI (UCI), Sifca-SA, Cosmivoire, Palmci, Nauvu, Sania.

<sup>174</sup> Décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, préc. art. 4.

<sup>175</sup> N. MOUY, art. préc.

<sup>176</sup> Pour une référence à cette notion, voir décret n° 2018-0332/P-RM du 4 avril 2018, préc. art. 43.

<sup>177</sup> M. CHAGNY, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », art. préc.

anticoncurrentielles.

*2. L'exemption des pratiques anticoncurrentielles*

**28. La justification des pratiques anticoncurrentielles au nom de l'intérêt général.** Le droit du marché est un droit au service du développement économique et social, empreint de pragmatisme. La recherche du bien-être du consommateur et la sauvegarde de l'intérêt général peuvent conduire le régulateur à exempter une pratique pourtant susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence. Autrement dit, un accord susceptible de fausser la concurrence, peut bénéficier d'une exemption s'il contribue à l'accroissement du surplus du consommateur ou au progrès économique. La solution a été consacrée en droit européen, en matière d'entente, dans le souci de « concilier l'impératif de l'économie sociale de marché (...) avec les autres objectifs » du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>178</sup>. L'auteur d'une pratique remplissant les conditions d'exemption prévues par la réglementation, peut solliciter, auprès du régulateur, une exemption qui prendra la forme d'une déclaration d'inapplicabilité de l'article 101 du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne, texte qui prohibe les ententes illicites.

Ce mécanisme d'exemption fut introduit dans notre droit, en matière de contrôle des concentrations d'entreprises et en matière d'ententes, par la loi portant organisation de la concurrence.

Le premier cas d'exemption est prévu en matière de fusions, acquisitions ou concentrations d'entreprises. Ces opérations sont interdites lorsqu'elles « risquent de créer une position de force ayant pour conséquence une réduction effective de la concurrence au sein du marché national de tout produit, service ou filière commerciale ou dans une partie substantielle de celui-ci »<sup>179</sup>. Elles peuvent cependant être autorisées ou exemptées si la transaction en cause « est dans

---

<sup>178</sup> J.-B. BLAISE, « Entente », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

<sup>179</sup> Loi n° 2016-006 du 24 février 2016, préc. art. 6.

l'intérêt public »<sup>180</sup>, c'est-à-dire « procure un bien-être à tous les individus de la société »<sup>181</sup>.

Le second cas d'exemption est prévu en matière d'ententes. L'entente désigne « tout accord entre entreprises, décision d'associations d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire national ou du marché régional<sup>182</sup> ». Échappent à la répression des ententes illicites, tout accord ou catégorie d'accords, toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées, qui « contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte », et à condition de ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ou donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence<sup>183</sup>. Ainsi, l'exemption « dépend de considérations essentiellement économiques, portant sur les effets probables de l'entente »<sup>184</sup>. C'est une analyse *in concreto* des effets de l'accord ou de la pratique sur la concurrence qui permettra au régulateur d'accorder l'exemption. Le bénéfice de cette exemption est notamment subordonné à la preuve de la contribution de l'accord ou de la pratique en cause, au progrès technique ou économique, à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits. Autrement, les effets bénéfiques de la pratique ou l'accord doivent l'emporter sur ses effets anticoncurrentiels.

Le raisonnement devant conduire au prononcé d'une décision d'exemption est ainsi éminemment économique, ce que n'a pas manqué de rappeler, la Cour de justice de l'UEMOA. Il résulte de sa

---

<sup>180</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>181</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>182</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>183</sup> *Ibid.*, art. 12.

<sup>184</sup> J.-B. BLAISE, « Entente », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

jurisprudence, « que le contrôle des concentrations s'effectue a priori sur l'état futur du marché pour savoir si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante, ou par la création d'une puissance d'achat de nature à placer les fournisseurs en situation de dépendance économique, et également pour savoir si l'opération apporte au progrès économique, une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence »<sup>185</sup>. Il en résulte une « économisation »<sup>186</sup> de la règle juridique. L'économie qui n'a été envisagée jusque là que comme un auxiliaire du droit, est, dans les domaines de la finance et de la concurrence, consubstantielle au droit<sup>187</sup>. « L'économie devient dès lors la finalité de la règle de droit, une bonne règle étant une règle conforme à la théorie économique qui la sous-tend »<sup>188</sup>.

Cette démarche intellectuelle empreinte de pragmatisme est cependant porteuse d'insécurité juridique en matière contractuelle. En effet, à partir de quel moment peut-on considérer qu'un acte « procure un bien-être à tous les individus de la société » ? *Quid* de la pratique « réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte » ? L'on voit rapidement les difficultés pratiques que ces dispositions ne manqueront pas de susciter dans notre pays où peu de magistrats sont rompus aux questions économiques et financières. L'ère est dès lors à l'insécurité juridique dans notre droit des contrats. Dans ces conditions, une formation de nos magistrats sur les questions économiques et financières ainsi qu'une meilleure collaboration de ces magistrats avec les spécialistes de ces questions paraissent plus que nécessaires.

\*

---

<sup>185</sup> Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n° 002/2018 du 9 mai 2018, préc.

<sup>186</sup> L'expression est empruntée à L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? » in *Une certaine idée du droit, Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, 605, spéc. p. 608, n° 8.

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> *Ibid.*

**29. L'émergence d'un droit des contrats empreint de justice contractuelle et porteur d'insécurité juridique.** Dans le cadre de la présente étude, nous avons pu relever l'émergence d'un corps de règles propres aux activités économiques et empreintes de pragmatisme et d'efficacité. Animé d'un souci de justice contractuelle, ce droit a progressivement réservé une place de premier rang à la loyauté des transactions et à la protection de la partie faible au contrat à travers l'adoption d'un certain nombre de mécanismes originaux qui sont cependant porteurs d'insécurité juridique. Il suffit de penser un instant de raison à l'accroissement des pouvoirs du juge en matière contractuelle, au flou qui entoure certaines notions ou à l'importance du raisonnement économique en droit du marché, pour prendre la mesure de cette insécurité grandissante dans notre droit.

Quant au droit commun des obligations, il subit de plein fouet les sujétions de l'ordre public économique qui, dans un souci d'équilibre contractuel, s'est engagé dans une entreprise de déconstruction de certains principes de notre droit des contrats qui perd progressivement sa cohérence et sa lisibilité.

**30. La nécessité d'une réforme du droit commun des contrats.** Cette évolution du droit du marché révèle d'une part, les insuffisances des mécanismes du droit commun des obligations face aux profondes mutations que la société a connues depuis son adoption dont notamment le développement de la société de consommation et l'émergence de « la grande distribution » et, d'autre part, la nécessité d'une réflexion d'ensemble sur ce droit commun en vue de l'adoption d'un cadre juridique conciliant les intérêts des parties au contrat. En effet, « eu égard au phénomène d'inflation législative, il peut sembler opportun de canaliser les législations spéciales, voire de reconsidérer l'utilité de certaines d'entre elles, en tenant compte des potentialités du droit commun »<sup>189</sup>. Une telle réforme donnera de la cohérence à

---

<sup>189</sup> M. CHAGNY, « Les relations économiques entre droit commun et droits spéciaux », art. préc.

notre droit tout en mettant fin à cette mosaïque juridique. À cet égard, le droit spécial pourra utilement servir de source d'inspiration au droit commun, à l'instar du système juridique français, où le droit des pratiques restrictives a contribué à la rénovation du droit commun<sup>190</sup>, qui a consacré la notion de déséquilibre significatif en matière de contrat d'adhésion<sup>191</sup>, indépendamment de la qualité de consommateur et de professionnel des parties<sup>192</sup>. Il en va de même de la consécration de l'obligation précontractuelle d'information en droit commun<sup>193</sup>, qui oblige celle des parties qui connaît une information déterminante du consentement de son cocontractant à l'en informer<sup>194</sup>. Ces réformes marquent, en France, le début de ce que l'on a pu qualifier de phénomène « d'alimentation du droit commun par le droit spécial »<sup>195</sup> ou de « "contamination" du droit civil par le droit consommation »<sup>196</sup>. Gageons que ces réflexions guident l'action du législateur !

---

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> Code civil, art. 1171.

<sup>192</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, « Le déséquilibre significatif du Code de commerce est-il de nature à cannibaliser celui du Code civil ? » *Contrats-Concurrence-Consommation*, n° 10, octobre 2019, 33 ; Y. PICOD, « Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du Code de commerce », *AJ Contrat* 2019, p. 201 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 342 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2017, n° 603 ; J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE et J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

<sup>193</sup> Code civil, art. 1112-1.

<sup>194</sup> J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE ET J. HAUSER, *op. cit.*

<sup>195</sup> O. DESHAYES, T. GENICON ET Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 350.

<sup>196</sup> J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE ET J. HAUSER, *op. cit.*



## LE DROIT PENAL MALIEN A L'ÉPREUVE DU PHÉNOMÈNE DE LA CORRUPTION

**Dr Issiaka Cisse,**

*enseignant-chercheur / Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

### **Résumé :**

« Lorsque, dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, comme cela ne peut venir que de la corruption de la République, l'État est déjà perdu. »<sup>1</sup> Cela semble être le cas dans plusieurs ordres juridiques africains. Le Mali ne fait pas exception puisque les moyens préconisés à travers son arsenal pénal traduisent une déficiente croissante dans l'éradication du phénomène de la corruption. Le droit pénal malien se trouve embarrassé face à la complexité de la corruption. Il est donc important de poser des interrogations concernant les limites des réponses pénales aux pratiques de corruption. La réflexion juridique envisagée propose de constater les difficultés dans la lutte contre la corruption. Malgré de multiples réformes juridiques et institutionnelles, les instruments en vigueur sont-ils en adéquation face à l'évolution du phénomène de la corruption ? En effet, la répression de la corruption semble être entravée par certains critères qui ne favorisent pas la mise en accusation des auteurs. Il est donc important de démonter ces failles pour justifier la fragilité ou la rigidité voire même la partialité des mécanismes juridiques, d'où la nécessité d'adapter la loi aux mutations de la corruption. Bref une étude qui s'appuie sur les

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre III, chapitre III : « Du principe de la démocratie », 1748.

instruments juridiques en vigueur, mais aussi qui se projette à travers le droit comparé pour apprécier la dimension constructiviste d'un droit pénal malien à l'épreuve de la lutte contre la corruption. Pour ce faire, il faudra procéder à la constatation de défaillances dans la répression de la corruption (I) et ensuite poser les jalons de nouvelles perspectives de répression de la corruption (II).

**Mots clés :** Corruption, droit pénal, criminalité, la justice, la citoyenneté, la bonne gouvernance, le blanchiment des capitaux.

**Summary:**

"When, in a popular government, the laws have ceased to be executed, as it can only come from the corruption of the Republic, the state is already lost". This seems to be the case in several African legal orders. Mali is no exception as the means advocated through its criminal arsenal translate a growing deficiency in the eradication of the phenomenon of corruption. Malian criminal law is embarrassed by the complexity of corruption. It is therefore important to raise questions about the limits of criminal responses to corruptible practices. The legal reflection envisaged proposes to note the difficulties in the fight against corruption. Despite multiple legal and institutional reforms, are the current instruments in line with the evolving phenomenon of corruption? Indeed, the repression of corruption seems to be hampered by certain criteria that do not favor the impeachment of the perpetrators. It is therefore important to dismantle these flaws to justify the fragility or the rigidity or even the partiality of the legal mechanisms hence the need to adapt the law to changes in corruption. In short, a study based on the legal instruments in force, but also projected through comparative law to assess the constructivist dimension of Malian criminal law to the test of the fight against corruption. To do so, it will be question of proceeding to the observation of failures in the repression of the corruption (I) and then to lay the foundations of new perspectives of repression of the corruption (II).

**Keywords:** Corruption, criminal law, crime, justice, citizenship, good governance, money laundering.

« Lorsque, dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, comme cela ne peut venir que de la corruption de la République, l'État est déjà perdu. »<sup>2</sup> Stigmatisé dans l'esprit populaire et ciblé par la norme juridique, l'acte corrompu symbolise à bien des égards, un manque de probité ou une défaillance morale. Pourtant le phénomène de la corruption est porteur d'une contradiction, car une dichotomie existe entre d'une part le mythe sociétal d'un comportement défendu, sanctionné par la loi et d'autre part la réalité d'un rouage parfois essentiel dans un rapport de réciprocité<sup>3</sup>. L'analyse du mythe sociétal proscrivant l'acte corrompu se justifie par son incrimination. C'est ce qui nous amène à réfléchir sur la réaction du droit pénal malien face à la corruption.

Le droit pénal est un ensemble de dispositions juridiques qui incriminent certains faits. Dans le temps, on le percevait comme l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants<sup>4</sup>. Mais cette définition reste tout de même limitée et on la conçoit de manière effective comme « le droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'elle engendre »<sup>5</sup>. Donc une branche du droit qui détermine des comportements antisociaux (les infractions), et prévoit la réaction de la société envers ces comportements. La réponse pénale prend le plus souvent la forme d'une peine. Le droit pénal correspond à l'une des prérogatives principales de la puissance publique. Celle-ci détermine les limites aux libertés individuelles. L'État a donc le monopole sur le droit pénal

---

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*

<sup>3</sup> M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, « La corruption, un défi d'État de droit et la société démocratique », *Rev. sc. crim.*, 1997, n° 3, p. 696-706.

<sup>4</sup> R. MERLE, A. VITU, *Traité du droit criminel. 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1997, n° 2 et s. V. R. MERLE (dir.), *Les mondes du crime. Introduction à la compréhension du phénomène criminel*, Privat, 1968.

<sup>5</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 19<sup>e</sup> éd., Paris, 2012, p. 20.

et garantit la légalité de la peine<sup>6</sup>. De ce fait, les incriminations sont prévues par le Code pénal. Celui-ci incrimine les comportements antisociaux comme c'est le cas pour la corruption. Mais avant d'aborder cet aspect fondamental de la présente réflexion, il faut rappeler certains phénomènes qui faciliteront son appréhension.

De nos jours, l'argent continue à régner sur les mœurs et les habitudes si bien que la corruption, celle qui détruit tout sur son passage, défie la gouvernance actuelle du monde. Il ne fait aucun doute que la corruption soit l'ennemie la plus redoutable, qui installe la terreur au sein des États. Or son combat, compte tenu de sa complexité, est d'une délicatesse assez particulière obligeant les juristes à puiser dans toute leur intelligence pour apporter des solutions dissuasives. Mais le paradoxe est que la réponse normative qui découle du droit positif est dans une certaine mesure contournée pour, à la limite, faire dominer la corruption. C'est ce qui semble être le cas dans plusieurs ordres juridiques africains. Le Mali ne fait pas exception puisque les moyens préconisés à travers son arsenal pénal traduisent une déficiente croissante dans l'éradication du phénomène de corruption. Le droit pénal malien se trouve embarrassé face à la complexité de la corruption.

Ainsi, l'arsenal juridique pénal malien fait l'objet d'une mise à l'épreuve dans ses réponses apportées au phénomène de la corruption. En effet, le droit pénal est un dispositif normatif qui incrimine un ensemble de déviations contraires aux valeurs sociétales. De toute évidence, chaque société génère ses propres crimes, chacune propose des solutions pour les combattre. C'est dans ce sens que le Code pénal malien prévoit des incriminations, autrement dit des actes prohibés par la loi, en vue de faire régner l'ordre dans la société. Parmi les incriminations prévues par le Code pénal malien, il y a la corruption qui à plusieurs égards est la plus redoutable. Par définition, le terme *corruption* est porteur de fortes connotations morales. Il est question du substantif du verbe *corrompre* qui vient du

---

<sup>6</sup> L'art. 9 al. 2 de la Constitution du 25 février 1992 dispose que : « Nul ne peut être poursuivi, arrêté ou inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés. »

latin *corrumpere* -étymologiquement, *cumrumpere* : briser, rompre un ensemble- dont le sens « revêtait déjà au XI<sup>e</sup> siècle la dimension métaphorique de perversion, de corruption de l'âme »<sup>7</sup>. Le mot corruption s'est rapproché de son sens contemporain en 1283<sup>8</sup>, c'est-à-dire « entraîner par des promesses et des dons, une personne chargée de responsabilités à agir contre son devoir »<sup>9</sup>. D'autres définitions de la corruption fournies par les spécialistes actuels de la lutte contre la corruption nous éclairent sur le sens de ce terme. P. Lascoumes propose une définition large de la corruption : « le comportement du détenteur d'une autorité qui, dans le cadre de ses fonctions, publiques ou privées, utilise sa situation au pouvoir pour détourner une règle, à son profit, ou à celui d'une autre personne ou d'une autre organisation »<sup>10</sup>. La corruption implique donc la violation, par le coupable, des devoirs de sa charge. Contrairement à la France, le droit pénal malien ne distingue pas les deux sortes de corruption. En effet, la corruption naît de deux formes. Dans le premier cas, il s'agit de la corruption passive. Selon l'article 432-11 du Code pénal français, lorsqu'une personne exerçant une fonction publique profite de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, des promesses ou des avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, cette personne reçoit le nom de corrompu. Dans le second cas, elle prend la forme active, selon l'article 433-1 du Code précité, lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou

---

<sup>7</sup> E. ALT, I. LUC, *La lutte contre la corruption*, Paris, PUF, 1997, p. 3.

<sup>8</sup> En effet, depuis 1283, et par la suite, plusieurs siècles plus tard, chez MONTESQUIEU, MACHIAVEL ou ROUSSEAU, la définition a changé et se rapproche de celle que l'on donne aujourd'hui au phénomène de la corruption.

<sup>9</sup> E. ALT, I. LUC, *La lutte contre la corruption*, PUF, 1997.

<sup>10</sup> P. LASCOUMES, *Corruptions*, Paris, Presses de Science Po, 1999, p. 36 cité par Ph. FITZGERLD, *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, Droit, Université de Toulon, 2011. Français, p. 15-16. <NNT : 2011TOUL0064>. <tel-00674765>

s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle ; le tiers reçoit le nom de corrupteur. Ces deux infractions, certes complémentaires, sont distinctes et autonomes. Elles peuvent être poursuivies et jugées séparément et la répression de l'une n'est nullement subordonnée à la sanction de l'autre.

Il est évident que ces définitions expliquent largement la corruption. D'ailleurs le Code pénal malien<sup>11</sup> dans ses articles 120 à 123 incrimine la corruption en appliquant le même vocabulaire notamment aux agissements visant à agréer, à recevoir, à demander des dons en vue d'adapter une décision à la volonté des intéressés et non à la loi ou à l'intime conviction des administrateurs. Il y a là un effort normatif considérable pour éviter toute polémique fondée sur une analyse binaire<sup>12</sup> de l'arsenal juridique malien.

La corruption montre une résistance assez incroyable alors que le droit parvient pourtant à être appliqué dans d'autres situations juridiques. Cela soulève des interrogations concernant les limites des réponses pénales aux pratiques de corruption. Notre réflexion juridique se propose de constater les difficultés rencontrées dans la lutte contre la corruption. Malgré de multiples réformes juridiques<sup>13</sup> et institutionnelles<sup>14</sup>, les instruments en vigueur sont-ils en adéquation face à l'évolution du phénomène de corruption ? Il y a des inquiétudes parce que le phénomène émerge et persiste. Pour le découvrir, l'étude envisagée va s'appuyer sur les instruments juridiques en vigueur, mais aussi se projeter à travers le droit comparé pour apprécier la dimension d'un droit pénal malien à l'épreuve de la lutte contre la corruption.

Sans doute la réflexion sur la corruption est la plus abordée. La thématique ne souffre pas de littérature au regard de son importance

---

<sup>11</sup> Loi n° 2001- 079 du 20 août portant Code pénal.

<sup>12</sup> J. CARTIER-BRESSON, « La corruption entre analyse positive et analyse normative », in D. DARBON (dir.), *Le comparatisme à la croisée des chemins*, éd. Karthala, 2010, p. 141-153.

<sup>13</sup> V. la loi n° 2014-015/27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite.

<sup>14</sup> La plus récente est l'ordonnance n° 2015-032/P-RM du 23 septembre 2015 pour création de l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite.

dans la gouvernance et des risques qu'elle peut engendrer au passage. Cela dit, la problématique de la corruption est multiple et disparate. Plusieurs études ont été conduites au Mali. La plus récente, notamment celle qui intéresse le droit, aborde la corruption dans une approche qui met en avant une analyse sociologique du phénomène de la corruption<sup>15</sup>. C'est une étude qui a le mérite de mettre en évidence les méfaits de la corruption sur le développement économique des investissements d'où la problématique suivante : prend-on conscience suffisamment, individuellement et collectivement du règne économiquement nocif de la corruption et surtout de la nécessité d'une véritable audace pour la combattre ? Cette analyse doctrinale ne remet pas en cause l'arsenal juridique mais plutôt le fonctionnement des institutions et le comportement des citoyens.

Ainsi, dans la présente étude, il sera plutôt question d'analyser la force du droit pénal malien face à la corruption. On s'inquiète alors si la panoplie des textes en la matière permet d'apporter des éléments de réponse pour sa répression. Ce qui implique alors de s'interroger sur la pertinence des réponses pénales. Dès lors, il semble important de démanteler les failles du dispositif pénal dans la répression de la corruption. C'est ce qui justifie la question suivante : le droit pénal malien n'est-il pas confronté à une défaillance dans la répression de la corruption ?

Cette question essentielle justifie l'objectif de la présente recherche. En effet, la répression de la corruption semble être entravée par certains critères qui ne favorisent pas la mise en accusation des auteurs. Il est donc important de démonter ces failles pour justifier la fragilité ou la rigidité, voire même la partialité des mécanismes juridiques. C'est d'ailleurs l'intérêt de cette étude qui va servir d'instrument d'analyse de l'arsenal juridique malien face à la corruption. Dans le contexte actuel, certaines approches sont inadaptées pour réprimer la corruption. On doit donc adapter la loi en imposant une conception capable de s'intégrer aux multiples

---

<sup>15</sup> S. F. CISSOUMA, « La corruption : un fléau rampant nécessitant une panacée thérapeutique », *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2017, p. 219-241.

mutations de la corruption. D'un point de vue pratique, l'étude envisagée tente de comprendre toutes les nuances en ce qui concerne la mise en accusation des auteurs soupçonnés d'avoir participé à un acte de corruption. Les praticiens du droit construisent ici une lecture juridique de la complexité due aux mutations de la corruption, et s'aperçoivent que certains critères admis ne permettent pas de faciliter le procès.

On veut, en tant que fil rouge de cet article, se demander s'il est finalement question d'une remise en cause de l'arsenal juridique malien sur la corruption. À travers l'approche analytique, il est facile de découvrir les nuances qui limitent la répression de la corruption. On estime qu'il y a une certaine déficience dans la répression de la corruption. Il ne s'agit pas seulement d'une préoccupation qui découle de graves problèmes politiques, économiques, sociaux, environnementaux ou encore éthiques. Il s'agit plutôt d'une situation juridique qui souffre d'une certaine limite normative. C'est toute la controverse autour de l'effectivité de la mise en accusation d'un individu ayant participé à un acte corrompu. Cela est dû à plusieurs facteurs, notamment la qualification de la corruption comme crime constitue un blocage dans l'application de la loi. On constate aussi que la jurisprudence souffre en la matière en raison des difficultés de démantèlement du pacte pour établir la preuve ou les éléments constitutifs de l'acte corrompu. Or il est clair qu'une telle faille engendre des conséquences de nature à densifier les pratiques corruptibles au mépris d'une jurisprudence incapable. Autant de raison de renforcer le dispositif juridique pour la répression de la corruption.

L'efficacité d'une telle étude sur la mise à l'épreuve du droit pénal face au phénomène de la corruption est tributaire de son paradigme juridique. Pour ce faire, il est nécessaire de procéder à la constatation de défaillances dans la répression de la corruption (I) et ensuite poser des jalons sur les nouvelles perspectives de répression de la corruption (II).

## **I. La constatation des défaillances dans la répression de la corruption**

La défaillance suppose l'incapacité d'un système dans son fonctionnement ce qui est la conséquence de dysfonctionnements dans la répression de la corruption. Du point de vue juridique, il importe de savoir à quel point l'arsenal pénal contre la corruption dispose d'articles utiles<sup>16</sup>, mais qui souffrent d'une certaine insuffisance. Il est évident qu'au regard de l'évolution du phénomène de la corruption, le système normatif de répression doit faire place à des méthodes nouvelles qui transcendent les pratiques habituelles. Il y a donc des difficultés dans l'application des textes visant à réprimer la corruption. À la lumière de cette observation, on analysera les causes qui expliquent le recul des moyens de répression (A). Si des difficultés existent dans l'application des textes, c'est qu'elles s'accompagnent d'un affaiblissement de la jurisprudence (B).

### **A. Le recul des moyens de répression face aux nouvelles formes de corruption**

La répression de la corruption se trouve le plus souvent handicapée par l'intelligence du phénomène. Le Mali dispose des textes qui répriment la corruption et qui sont censés traduire une volonté réelle du législateur dans la répression de ce fléau de tous les siècles qui gangrènent les systèmes de gouvernance. Une telle volonté est pour le plus souvent défiée par les contrevenants qui sont loin d'être dissuadés par la panoplie des sanctions. Ils parviennent à s'adapter, autrement dit à contourner les textes pour faire émerger le phénomène de la corruption. C'est en cela que l'on peut déjà constater un recul du système répressif de la corruption. Les auteurs participant à un acte de corruption semblent être dotés d'une intelligence à la dimension d'un poisson averti capable de déjouer le pêcheur qui lui

---

<sup>16</sup> Plusieurs textes règlementent la corruption notamment la loi n° 01- 079 du 20 août 2001 portant Code pénal, la loi n° 2014-015/27 de mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite, la loi n° 2016-039 du 7 juillet 2016 sur la corruption d'agents publics étrangers.

tend un appât. Les auteurs de corruption ont cette flexibilité à pouvoir échapper aux règles qui les poursuivent. Cela qui explique, d'une part la banalisation des conduites par la corruption (1) et d'autre part la transformation du phénomène de la corruption d'où le qualificatif d'infraction mutante (2).

*1. La banalisation des conduites par la corruption*

Le recul des moyens de répression est une réalité vivante puisque les auteurs de la corruption sont loin d'être inquiétés. Dès lors, la corruption actuelle, même au XX<sup>e</sup> siècle, n'est qu'un des symptômes du mal plus vaste qui touche nos économies : le commerce de l'argent illicite. Que l'on parle de l'argent sale ou du blanchiment d'argent, la justice tente de lutter contre ce que l'on pourrait qualifier de manière plus globale, de délinquance d'affaires. Il est tout à fait normal que dans le cadre du commerce et plus généralement des « affaires », et même du fonctionnement des institutions publiques, l'argent occupe une place importante. Toutefois, aujourd'hui ce n'est plus le rapport entre les affaires et l'argent qu'il faut traiter, mais les rapports entre les affaires et l'argent illicite<sup>17</sup>. Cette relation banalisée dans nos mœurs signifie que la réussite passe avant toute considération morale quant aux moyens employés pour y parvenir. De telles appréhensions obligent un individu à se doter de tous les moyens nécessaires pour échapper au radar de l'arsenal pénal malien contre la corruption. Ce qui explique le recul du droit dans la mesure où le contrevenant a toute la latitude de déjouer le système qui d'ailleurs lui donne cette possibilité.

Les récents rapports du Bureau du vérificateur confirment cela avec des irrégularités financières qui sont sciemment commises en violations des textes. Il en est ainsi du rapport de 2014 selon lequel la direction des finances et du matériel du ministère de la Culture a

---

<sup>17</sup> S. ROUQUIE, *L'argent illicite et les affaires*, éd. Montchrestien, 2000, collection Finance et société ; v. P. LASCOUMES et V. LE HAY, *L'argent, circuit et circulation*, PUF, vol.63, 2013, p. 9 à 15 ; P. LASCOUMES, *Une démocratie corrompible, arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Seuil, Paris, 2011.

commis des irrégularités financières<sup>18</sup>. C'est le cas aussi de la Caisse nationale d'assurance maladie qui a commis des manquements aux règles de passation des marchés publics<sup>19</sup> telle, à titre d'exemple, l'abstention d'exiger du fournisseur la constitution de la garantie de bonne exécution conformément à l'article 10.4 de l'arrêté n°09-1971/MEF-SG du 6 août 2009 portant cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes, de services, d'informatiques et de bureautiques. Ces différents rapports du Bureau du vérificateur témoignent de la généralisation du phénomène au sein des services publics.

Les auteurs sachant bien que les actes dénoncés resteront impunis<sup>20</sup>, se donnent les moyens pour commettre d'autres irrégularités par le biais de la corruption. Il suffit de savoir ce qu'ils doivent faire pour entraîner tout le système, au grand profit de l'ensemble des acteurs qui sont impliqués. C'est ainsi que l'on appréhende la corruption et qu'elle devient une forme d'échange social, secret, par lequel des détenteurs du pouvoir (politique et administratif et même judiciaire) monnaient, sous une forme ou sous une autre, le pouvoir ou l'influence qu'ils exercent en vertu de leur mandat ou de leur fonction. Pourtant, cette opinion pessimiste ne débouche pas sur une mobilisation, mais plutôt sur une attitude passive et désabusée. Les Maliens sont à la limite mithridatisés par des pratiques dans lesquelles les passe-droits politiques ou amicaux préparent la voie à la corruption pure et simple.

Au Mali, une certaine connotation est donnée à une expression qui relève du vocabulaire courant et qui enracine davantage la corruption. Sous le vocable « affaire », si populaire, un privilège est perçu comme un moyen de renflouer une situation de précarité. De toute évidence

---

<sup>18</sup> *Rapport annuel 2014*, Bureau du vérificateur général, p. 26-28.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>20</sup> Les rapports de 2015 et 2017 récemment publiés ont fait l'objet d'une dénonciation des faits susceptibles de constituer des infractions à la loi pénale par le vérificateur général au procureur de la République en charge du pôle économique et financier. V. *Rapport annuel 2015 et 2017* du Bureau du vérificateur général.

une relation d'affaires se développe et le législateur<sup>21</sup> garant de cette protection, accepte dans une certaine mesure, d'être enrôlé à son tour. « Les affaires », ce vocable quelque peu mystérieux depuis l'ère de la démocratie malienne, est à la mode et semble évoquer « des activités intenses et lucratives »<sup>22</sup>. On l'utilise de façon générique pour évoquer les scandales financiers qui surgissent au quotidien au Mali<sup>23</sup> et ailleurs en Afrique<sup>24</sup>. Si l'on préfère ce terme « affaire » à celui de scandale, c'est d'abord, parce qu'à la différence du scandale qui est révélé brutalement à l'opinion publique, les affaires semblent désormais faire partie de nos mœurs ! Le terme d'affaires révèle la collusion certaine qui existe entre le pouvoir et les acteurs de ces faits

---

<sup>21</sup> Le législateur partage d'une certaine façon la responsabilité en matière de corruption. Il bénéficie d'une immunité parlementaire qui a toujours été protégée par l'exécutif en contrepartie pour lui de laisser-passer certains textes comme récemment la loi sur l'enrichissement illicite souffrant d'une certaine incohérence et partialité.

<sup>22</sup> H. MATSOPOULOU (dir.), *Lamy droit pénal des affaires*, Wolters Kluwer France SAS, 2016.

<sup>23</sup> Christoffe BOISBOUVIER, « Mali : le Boeing de la coke », *Archives, Jeune Afrique*, 26 nov. 2009. Ce scandale est survenu pendant le régime d'ATT. En effet, un avion-cargo rempli de cocaïne a atterri en plein désert. L'équipe s'est volatilisée, ainsi que le chargement. Restent d'embarrassantes questions pour les autorités de la région.

<sup>24</sup> Giorgio BLUNDO, « Dessous de tables : La corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal », *Politique africaine*, n° 83 - octobre 2001 ; Laurent-Roger NGIMBOG, « La Justice administrative à l'épreuve du phénomène de la corruption au Cameroun », *Droit et Société* 51/52-2002, p. 305 cet auteur révèle qu'en avril 1999, le garde des Sceaux avait révélé aux membres du comité *ad hoc* de suivi de l'exécution du plan gouvernemental une dizaine de cas de poursuites judiciaires concernant des agents publics impliqués dans des détournements de deniers publics. L'on peut regretter que les condamnations ne soient pas accompagnées de l'obligation de reverser les sommes détournées au Trésor public. Ceci laisse penser que les pouvoirs publics ont décidé de sacrifier quelques boucs émissaires, sans véritablement s'attaquer au problème. L'on peut craindre de voir se perpétuer la tendance observée dans le contentieux du Conseil de discipline budgétaire et comptable (CDBC) où les gestionnaires de crédits appartenant aux plus petites catégories (C et D) de la fonction publique apparaissent comme des victimes désignées du contrôle de l'État.

de corruption. Ces scandales font partie des affaires publiques en général. Ce glissement de la notion est sans doute dû aux nombreuses affaires qui ont mis au grand jour l'implication d'hommes politiques maliens dans la corruption<sup>25</sup>, mais aussi le pouvoir de marchandage de chacun<sup>26</sup>.

Ainsi, de nos jours, l'expression « les affaires » a pris une connotation péjorative puisqu'elle évoque les nombreux faits reprochés depuis quelques années notamment aux hommes politiques et aux acteurs en charge de la gestion des structures publiques. C'est dans le cadre plus vaste de la délinquance d'affaires que la corruption a pris toute sa dimension. De ce fait, les recherches récentes sur la corruption ont permis de constater l'expansion de la corruption et son impact notamment sur les systèmes politico-administratifs, sur les partis politiques ou encore sur les valeurs démocratiques et sur l'éthique publique. La corruption a alors été envisagée dans le cadre d'une internationalisation croissante qui conduit certains auteurs comme certaines institutions à considérer la corruption comme faisant partie de « la criminalité organisée ». Pour plus de précautions, on n'intègre pas la corruption dans la criminalité organisée pour deux raisons essentielles : d'une part, la criminalité organisée n'est pas définie par le droit pénal malien<sup>27</sup> et seule la doctrine formule des définitions telles que celle de M. Cusson<sup>28</sup> : « Par crime organisé, on

---

<sup>25</sup> M. DOGAN, « Méfiance et corruption : discrédit des élites politiques », *Revue internationale de politique comparée*, 2003/3 (vol. 10), p. 415-432 ; J. BEQUART-LECLERCQ, « Paradoxes de la corruption publique », *Pouvoirs*, 1984, p. 19-36.

<sup>26</sup> E. LAVALLEE, M. RAZAFINDRAKOTO et E. ROUBAUD, « Ce qui engendre la corruption : une analyse microéconomique sur données africaines », *Revue d'économie du développement*, 2010/3 (vol. 18), p. 5-47.

<sup>27</sup> Même si les événements datent de mars 1991 et récemment de 2012, l'expression « criminalité organisée » est introduite relativement tard dans le vocabulaire d'une catégorie de la population malienne.

<sup>28</sup> M. CUSSON, « La notion de crime organisé ». Colloque ISPEC 1996, in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, 1997, Presses Universitaires d'Aix-Marseille ; P.-H. BOLLE, « De quelques aspects de la criminalité organisée et de la lutte contre ICELLE », *EGUZZILORE*, n° 11, San Sebastian, déc. 1997, p. 233-247.

entend généralement une association structurée et hiérarchisée de malfaiteurs professionnels obéissant à des règles contraignantes et planifiant méthodiquement les entreprises illicites qu'ils monopolisent grâce à l'utilisation systématique de la violence » ; d'autre part, la corruption au Mali n'est pas encore, semble-t-il, organisée de telle sorte qu'on puisse parler d'association structurée et hiérarchisée même si un certain nombre de réseaux de corruption dans le monde<sup>29</sup> ont été découverts, d'autant qu'à la différence de la criminalité organisée, en matière de corruption on ne recourt généralement pas à la violence. Toutefois, nous ne pouvons pas nier le fait qu'il existe des points communs entre les intérêts des hommes corrompus et ceux des mafieux.

Ces facteurs, s'ils permettent d'expliquer les racines du recul de répression de la corruption, n'épuisent pas complètement la question.

## *2. La corruption, une infraction mutante*

Il ne fait aucun doute que la corruption est une infraction évolutive en permanence. Les pratiques de corruption changent d'une époque à une autre et de génération en génération. Dans le cadre de la répression de la corruption, le Code pénal a adopté plusieurs textes incriminant la corruption<sup>30</sup>. Un effort certes, mais qui n'a pas empêché l'évolution de la corruption. Les textes pour la plupart souffraient d'un caractère partiel laissant le phénomène se propager. De l'indépendance à nos jours, la corruption au Mali a atteint son paroxysme au point d'être intouchable. On constate que le phénomène se propage sous plusieurs formes avec comme dénominateur commun les pots-de-vin qui circulent sur différentes formes. On assiste donc à une mutation progressive qui se caractérise par l'adhésion massive de

---

<sup>29</sup> Rapport annuel sur la corruption dans le monde, *Transparency International*, 21 fév. 2017, <http://www.transparency.org>

<sup>30</sup> Ordonnance n° 6 CMLN du 13 février 1974 portant répression sur les atteintes au bien public ; loi n° 82-40/AN-RM du 1er avril 1982 portant répression de la corruption ; loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal ; loi n° 2014-015/27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite ; loi n° 2016-039/du 7 juillet 2016 sur la corruption d'agents publics étrangers.

toutes les activités de la vie socioprofessionnelle. Dans une telle dynamique, le droit se trouve impuissant et facilement contournable par la corruption qui déploie des moyens difficilement détectables.

Ainsi envisagée, la corruption revêt encore une multitude de facettes qui en font un délit (et même un crime selon le droit malien) caché par excellence. Face à elle, la justice malienne en particulier, cherche à réagir, notamment la justice pénale et son corps de juges d'instruction, de policiers, d'institutions spécialisées comme l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite, et de théoriciens. Il apparaît parfois surprenant que l'on n'ait pu encore trouver de solutions face à un phénomène que l'on connaît depuis fort longtemps, mais c'est sans doute parce que la corruption est un délit mutant ce qui signifie qu'elle parvient, tel le virus du sida, à s'implanter là où on ne l'attendait pas, puisqu'elle se transforme en permanence et réussit ainsi à s'adapter au milieu qu'elle souhaite contaminer. Selon un auteur, la corruption est un virus qui infecte la démocratie à travers l'intégrité des élus<sup>31</sup>.

Fait encore plus pernicieux, elle lance, semble-t-il, un défi permanent au législateur et à tous ceux qui tentent de la combattre puisqu'elle s'attaque à un nouveau secteur au moment même où des moyens ont été mis en œuvre pour la maîtriser là où elle sévissait. L'adoption de la loi sur l'enrichissement illicite est salutaire, mais son mécanisme classique de répression laisse entendre que les assujettis trouveront les moyens pour le contourner. Ils peuvent développer d'autres formes nouvelles. Il s'agit de méthodes très intelligentes comme le trafic d'influence, la vente de décisions, l'ingérence, les prélèvements indus de pourcentages, la manipulation des plans d'acceptation des sols, le détournement des marchés, etc. Ces nouvelles méthodes ont fait disparaître d'autres pratiques comme l'échange monétaire direct.

---

<sup>31</sup> C. BERNARD, « La corruption, virus endémique affectant l'intégrité des élus », *Cahiers Jean Moulin*, n°2, mis à jour le 27/09/2017, URL : [http : //revues.univ-lyon3.fr/cjm/index.php? id.142](http://revues.univ-lyon3.fr/cjm/index.php?id.142).

Comme l'explique Madame Frison-Roche<sup>32</sup>, en matière de délinquance économique et financière, il s'agit de mettre en place « un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier ». La corruption nécessite alors avant d'être traitée à travers son caractère mutant, d'être définie sur le plan juridique, mais également d'un point de vue économique. Dans une certaine mesure, la corruption est appréhendée comme un scandale qui constitue la cause de la défiance à l'égard des institutions. Cela dit, on le conçoit de nos jours comme une fatalité<sup>33</sup> autrement dit comme un acte qui s'adapte et développe de nouveaux moyens lui permettant d'être enraciné et difficilement perceptible.

Le recul dans la répression de la corruption constitue sans doute un facteur qui contribue à son émergence. Les méthodes employées par les auteurs de la corruption sont dotées d'une flexibilité sans faille. En effet, les opportunités sont priorisées au détriment de la loi. Pour se faire, ils font recours aux pots-de-vin et à l'extorsion. Les fonctionnaires comme les particuliers acceptent les règles de jeu du phénomène notamment dans l'octroi des marchés publics qui semblent-ils, exigent des pots-de-vin pour bénéficier de certains avantages. Il y a une ruée vers la corruption dans l'ensemble des institutions et d'abord dans l'administration à travers les services de contrôle financier qui ont souvent l'intelligence de créer les moyens pour bloquer les dossiers. Une pratique, à des fins d'intérêt personnel, s'organise dans l'administration et constitue une cause de rupture de certains contrats, à la limite provoque l'effondrement des partenariats. Ce fut le cas d'une agence de voyages ayant l'habitude de fournir les billets d'avion pour le personnel de la structure concernée. L'agent financier a bloqué les dossiers de l'agence qui avait refusé d'accorder

---

<sup>32</sup> M. A. FRISON-ROCHE, « La constitution d'un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier », *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, ouvrage collectif, Dalloz, thèmes et commentaires, 2001, p. 17-30.

<sup>33</sup> P. LASCOUMES, *Une démocratie corruptible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Seuil, coll. La République des idées, Paris, 2011.

des faveurs<sup>34</sup>. Face à une telle situation et sachant qu'il a une certaine autorité sur les dossiers n'ayant pas reçu son approbation avant la fermeture budgétaire, l'entreprise peut, semble-t-il, être confronté à des difficultés. La fermeture budgétaire avant paiement des factures la met dans les difficultés puisqu'il faut pour l'agence introduire une demande de crédit pour que le trésor règle les chèques.

Les efforts des réformes pour l'amélioration d'une lutte contre la corruption dans la plupart des cas, ineffective, risquent de prendre de l'ampleur si le droit reste concurrencé par d'autres modes de régulation sociale, et s'il ne retrouve pas toute sa légitime primauté. Le respect de l'État de droit ne se cantonne pas en une simple question de textes à adopter et d'institutions à mettre en place, il procède également d'une adhésion générale, d'une conviction partagée, d'un sens de la responsabilité et de la conscience. Dès lors, le droit se trouve piégé dans sa lecture par la corruption. Ce qui sans doute explique pourquoi au Mali, la jurisprudence est quasi inexistante en matière de répression de la corruption.

### *B. L'affaiblissement de la jurisprudence*

La corruption est le phénomène le plus répandu dans les États africains. Mais le paradoxe est qu'elle est aussi la moins punie. Cette énigme explique toute son importance et les craintes que l'on éprouve dans la répression de la corruption. La pratique contentieuse en la matière est assez rare que l'on s'interroge sur l'intérêt de réprimer la corruption. Le droit malien donne une qualification qui pourrait justifier cette rareté de contentieux sur la corruption (1). À côté, d'autres facteurs connexes engendrent cet affaiblissement (2).

#### *1. La corruption, un crime : un qualificatif gênant*

La corruption est qualifiée de crime, ce qui nécessite l'ouverture d'une Cour d'assise pour procéder à un jugement. Au niveau de la

---

<sup>34</sup> C'est pourquoi on peut affirmer que la corruption est une affaire de rente. V. A. ZAGAINOVO, *La corruption institutionnalisée : un nouveau concept issu de l'analyse du monde émergent*, Université de Grenoble, thèse, sciences économiques, soutenue 27 nov. 2012, p. 85-97.

Cour d'appel, les sessions sont trimestrielles d'où le qualificatif de juridiction intermittente. La corruption qualifiée de crime est sans doute un facteur qui affaiblit la jurisprudence. La périodicité des assises face à l'abondance ou à la permanence de la corruption ne concourt pas à l'éclosion d'une jurisprudence. Les institutions de la justice répressive contre la corruption comme le pôle économique<sup>35</sup> ou comme l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite actuellement en place accusent de nombreuses insuffisances en raison de la qualification comme crime. C'est en vain que l'on chercherait une jurisprudence en matière de corruption. Pourtant il y a eu des cas susceptibles d'être qualifiés de corruption. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bamako<sup>36</sup> en 2011 sur le programme Sida illustre cette rareté de la jurisprudence puisque le président de la Cour d'assises de Bamako a prononcé une ordonnance d'acquittement pour 19 personnes dont le ministre de la Santé Oumar Ibrahim Touré pour des faits de malversation financière et de corruption. Pourtant cette affaire évoquait un détournement conséquent suite à des actes de corruption dans lesquels plusieurs personnalités étaient impliquées. Les faits reprochés au ministre font référence à des actes de corruption et celle-ci s'entend de toute offre/promesse ou de toute sollicitation/agrément, sans droit. L'agissement corrupteur peut être également constitué par des pressions effectuées par le corrupteur actif ou passif pour parvenir à ses fins<sup>37</sup>. Ces arguments<sup>38</sup> auraient dû suffire au juge malien

---

<sup>35</sup> V. décret n° 03-245/P-RM fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement des pôles économique et financier.

<sup>36</sup> Arrêt du 11 décembre 2012 de la cour d'assises de Bamako. V. Seydou COULIBALY, « Affaires Fonds Mondial : une condamnation et 19 acquittements », *AFRIBONNE*, in [www.afribone.com](http://www.afribone.com) consulté le 16 oct. 2018.

<sup>37</sup> Cass. crim., 9 septembre 2009, n° 09-86 280.

<sup>38</sup> Pour la gestion des ressources allouées au Mali par le Fonds mondial dans le cadre de la lutte contre le VIH/SIDA, le rapport 2012 du BVG a évoqué le détournement du « vaccin ». En effet L'ARCAD/SIDA et ses sous-bénéficiaires ont mené des activités non prévues dans leur plan d'action, simulé des mises en concurrence de fournisseurs, produit des documents faux pour justifier des vraies dépenses. Et nombreuses sont les dépenses réalisées sans expression de besoin, sans bon de commande ou sans documents de

de les condamner pour fait de corruption. La Cour a condamné le comptable du fonds mondial, qui a reconnu sa responsabilité pour le détournement de 121 097 900 F CFA d'une peine de cinq ans d'emprisonnement ferme et lui a imposé le paiement de ladite somme à l'État. Il n'a donc pas été reconnu coupable de corruption, plutôt de détournement. La rareté de la jurisprudence est préoccupante. Les procédures sont toujours écourtées, et cela même dans les autres États ouest-africains. Au Burkina, en 2015, 37 magistrats étaient accusés de corruption. La Cour de justice de Ouagadougou a ouvert une enquête, mais n'a pas permis d'aboutir à une condamnation<sup>39</sup>.

Par ailleurs, les procédures d'enquête déclenchées par ces structures spécialisées ont parfois le mérite d'avoir renseigné les dossiers aux fins d'un enrôlement à la Cour d'assises. La lutte contre la corruption semble être mise en exécution au sein du Pôle économique. En effet, plusieurs dossiers celés au Pôle économique et

---

livraison du bien acquis ou service fait. Le constat de la réalité des activités tranche nettement avec le nombre élevé des irrégularités formelles constatées à tous les niveaux. En effet, le montant des fraudes et des actes de détournement, qui atteint 107 millions de francs CFA, représente 1,5 % de l'ensemble des fonds mis à disposition dans la période 2005-2011 (Rapport annuel du Bureau du vérificateur général du Mali (BVG), 2012, p. 14). Il y a eu des irrégularités relevant de la corruption dans l'exécution de ce programme au sein du ministère de la Santé. Tous les chiffres évoqués dans le rapport de 2012 montrent le rythme galopant de la corruption au Mali qui affecte considérablement les finances publiques. Ces actes de corruption identifiés par le BVG sont restés fréquemment impunis. Les dossiers sont transmis au procureur général de la République près la Cour d'appel qui les transmet à son tour au Pôle économique rattaché au Tribunal de la première instance de la commune III pour enquête. Les Pôles s'occupent seulement de l'instruction, des poursuites et de l'enquête, mais ce sont les tribunaux correctionnels qui s'occupent du jugement. Parmi les nombreux dossiers transmis au procureur général de la République par le BVG, un seul dossier concernant l'utilisation des ressources allouées au Mali par le Fonds mondial dans le cadre de la lutte contre le VIH/SIDA a été jugé publiquement. V. M. SANGARE, « Le contrôle externe des finances publiques au Mali : la contribution du Bureau du Vérificateur général ».

<sup>39</sup> VOA Afrique, « 37 magistrats accusés de corruption au Burkina, le 17 avril 2015 », in [www.voaafrique.com](http://www.voaafrique.com) consulté le 16 oct. 2018.

financier au cours de l'année 2016 étaient prêts à être enrôlés à la Cour d'assises. Le président de la République lors d'une interview<sup>40</sup> reproche à la justice le fait que les dossiers soient rangés dans des tiroirs ou classés sans suite. Le procureur anticorruption<sup>41</sup> selon la même source a plutôt estimé que la moitié des dossiers étaient passées en jugement ou qu'ils sont en voie de l'être. Des dossiers qui ne portent certainement pas sur la corruption puisqu'il ajoute que seules les affaires criminelles autrement dit les cas de corruption doivent être jugés par la Cour d'assises qui se tient quatre fois dans l'année. Cela témoigne de la déliquescence de la répression de la corruption. Qu'est-ce qui l'explique ? Sans doute la complexité des procédures qui exigent des instructions et qui fait souvent appel à des audits, des expertises<sup>42</sup> et des contre expertises. Les dossiers sont parfois pétris d'erreurs qui rallongent les instructions pendant des années.

D'une façon plus générale, l'imperfection frappe la plupart des textes notamment le Code pénal ou la loi sur l'enrichissement illicite qui n'imposent pas de délai ou l'ont rarement fait pour que des décisions de justice tombent de façon bien cadrée. En effet, les dispositions relatives à la corruption sont pour la plupart obsolètes. Le Code pénal indique des comportements que l'on retrouve dans l'interprétation d'autres infractions : notamment les atteintes aux biens publics, la concussion ou du favoritisme qui ne peuvent résulter que de la corruption. Ces infractions sont liées au préalable à un acte de corruption. C'est pourquoi en général les dossiers se requalifient

---

<sup>40</sup> Abdrahamane DICKO, « Lutte contre la corruption : Plusieurs dossiers ficelés au Pôle économique et financier », *Maliweb*, 13 oct. 2016.

<sup>41</sup> Il s'agit du procureur près le Tribunal de première instance de la commune III du district de Bamako en charge du Pôle économique et financier.

<sup>42</sup> Puisque la corruption selon le Code pénal malien est un crime et que, par conséquent, l'instruction est obligatoire conformément à l'art. 87 du Code de procédure pénale. Cette instruction peut avoir besoin de faire une expertise qui dans la plupart des cas est nécessaire. L'art. 165 donne cette possibilité au juge d'instruction en stipulant que : « Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise. »

en fonction d'autres infractions proches de la corruption. À titre d'exemple : l'article 120 du Code pénal évoque la promesse que l'on retrouve dans l'article 110 à propos de la prise illégale d'intérêt qui évoque la réception d'un intérêt. La même remarque porte sur l'article 112 sur le délit du favoritisme : il parle aussi d'intérêt injustifié. Le Code est donc marqué par un syllogisme juridique qui explique pourquoi, à défaut de prouver l'acte de corruption, le juge attribue un autre qualificatif pour sanctionner. Pourtant en droit comparé, la notion d' « avantage indu » visé par le Code pénal français fait l'objet d'une interprétation particulièrement large, contrairement au Mali où le juge ne fait pas cet effort. Le juge français va jusqu'à admettre que cet avantage indu peut consister en des relations sexuelles<sup>43</sup>.

D'ailleurs, l'absence de définition pour les deux formes de corruption, la corruption passive et active, explique cette difficulté. On retient la complémentarité entre la corruption active et passive, mais ce sont deux infractions distinctes et autonomes, la poursuite et la condamnation au titre de l'une n'étant pas liées forcément à la poursuite et à la condamnation de l'autre<sup>44</sup>. Dans le contexte malien, il n'en est pas de même. Les faits de corruption seront difficiles à prouver puisqu'en pratique ils sont commis soit par une personne disposant d'un pouvoir ou à son insu et sans l'autorisation de celle-ci. Cette exigence compromet les enquêtes. De plus, les articles 120 à 123

---

<sup>43</sup> Cass. crim., 30 septembre 2009, n° 09-84-750.

<sup>44</sup> Cass. crim., 16 juin 2010, n° 09-86-280. En effet, cette jurisprudence française largement en avance est un équilibre parfait qui n'insiste pas sur le pacte de corruption et dissocie les deux formes pour appliquer la sanction. En effet, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un « pacte de corruption », c'est-à-dire d'un accord qui scelle la rencontre de volonté entre corrupteur et corrompu, pour incriminer le seul comportement de celui qui est à l'origine de la corruption, qu'il s'agisse du « corrupteur actif » ou du « corrupteur passif ». Ainsi, peu importe que l'« offre de corruption » ait été acceptée ou non. La corruption, active ou passive est sanctionnée, indépendamment du sort qui a été réservé à cette offre. Pour cette raison, la tentative de cette infraction ne peut exister, les éléments pouvant la constituer étant visés dans l'infraction elle-même.

du Code pénal assimilant le fait de corrompre et d'être corrompu « directement ou indirectement », le mode de formulation de la proposition ou de la sollicitation de nature corruptrice ainsi que le mode de conclusion et d'exécution du pacte importent peu. Le paradoxe vient de la qualification dans la mesure où les protagonistes du pacte agissent directement ou par l'intermédiaire d'un tiers. Cela peut avoir une incidence sur la qualification pénale, et les auteurs se verront poursuivre pour une infraction autre que la corruption. Certes le législateur a posé le principe de l'indifférence des modes opératoires, ce qui laisse une marge de manœuvre pour les organes poursuivants, mais le démantèlement du pacte reste toujours une préoccupation. Ces manquements ou déficits législatifs peuvent être source de petites à grandes corruptions dans la mesure où les usagers, les bénéficiaires ou les justiciables auront intérêt ou non à ce qu'ils (les textes) soient pris ou à ce qu'elles (les décisions) tombent vite ou non. Il faut savoir ce qu'il faut faire pour que ça s'accélère ou au contraire pour que ça soit retardé. En définitive, le législateur lui-même partage d'une certaine façon la responsabilité en matière de corruption.

La corruption qualifiée de crime peut provoquer de lourdes conséquences notamment du fait des limites de la répression. Deux cas expliqueraient ces limites. La première limite tient au déclenchement de l'action civile. Celle-ci est difficile à envisager dans une affaire de corruption. Le Code de procédure pénale indique que pour ce faire, la partie civile doit prouver un dommage direct<sup>45</sup>. L'action subsidiaire à l'action pénale a pour objectif l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction, et l'indemnisation des préjudices éventuels. Pour cela, la personne voulant tenter une action civile doit avoir subi un préjudice direct, personnel et réel suite à l'infraction. Or les juges reconnaissent rarement la réunion de ces conditions en matière de corruption. Pour autant, une jurisprudence

---

<sup>45</sup> *Journal Officiel*, la loi n° 2001-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale, dispose dans son art. 4 : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. »

de la Cour de cassation française a reconnu l'existence d'un préjudice direct d'un concurrent écarté d'un marché en raison d'un acte de corruption<sup>46</sup>. La seconde tient à la difficulté de rapporter la preuve des éléments constitutifs de corruption. Pour cette raison, d'autres infractions pénales sont utilisées pour réprimer des actes qui sont en réalité des actes de corruption, notamment les délits de détournement de biens publics, la prise illégale d'intérêt, le blanchiment de capitaux, le délit d'initié, la contrebande, des faux en écriture et infractions connexes, de recel<sup>47</sup>. Les dénonciations faites par le vérificateur général près du procureur de la République corroborent cette affirmation puisque dans la majorité des cas au niveau des Pôles économiques, des difficultés surviennent lorsqu'il est requis d'identifier les chefs d'accusation. On constate un abandon des charges.

Toutefois, la qualification de la corruption comme un crime reste un facteur de difficultés parmi tant d'autres. Elle est aggravée par d'autres facteurs qui contribuent à l'affaiblissement de la jurisprudence.

---

<sup>46</sup> Cour de cassation française, chambre criminelle, 27 oct. 1997. Ainsi, l'infraction de corruption était considérée comme étant une infraction d'intérêt général dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. Cette théorie a été critiquée par la doctrine (J. PRADEL, « Procédure pénale », *Cujas*, 2002/2003 n° 291 et s.) ainsi que la chambre criminelle française qui, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> déc. 1992, a considéré que « si le délit de corruption passive institué par l'article 177 du Code pénal l'a été principalement en vue de l'intérêt général, il tend également à la protection des particuliers qui peuvent... subir un préjudice direct et personnel dont ils sont fondés à obtenir réparation devant les juridictions pénales ». V. notamment, Cass. crim., 1<sup>er</sup> déc. 1992 : Dr. pén. 1993, comm. n° 126, obs. M. VERON).

<sup>47</sup> Mali : « sur 208 dossiers de lutte contre la corruption (320 milliards de FCFA), 110 ont été classés sans suite dans des conditions inexplicables », Me Mamadou Ismaila KONATE, ministre de la Justice dans un grand oral devant la presse le 2 août 2016 au sein de son département, a évoqué les maux qui minent le secteur avant de livrer sa vision pour une justice sincère, [www.maliactu.net](http://www.maliactu.net).

2. *Les facteurs justifiant la mutualisation des bénéfices de la corruption*

Les facteurs qui accompagnent la corruption ne favorisent pas l'abondance de la jurisprudence. Ces facteurs sont multiples et variés. On retiendra entre autres la sanction et l'indépendance de la justice. Il y a là deux situations qui expliquent les limites de la jurisprudence. De toute évidence, la sanction d'un acte de corruption est aussi difficile à prononcer que pour un président de briguer un troisième mandat quinquennal. Pourtant, la sanction et le contrôle font partie des instruments dont disposent le juge ou les institutions en charge de contraindre l'agent à servir l'intérêt public. Peu d'études vérifient empiriquement l'impact du coût de détection sur le comportement de corruption des individus. De nombreux travaux soulignent en revanche que ce n'est pas tant l'existence de dispositifs de contrôle et les sanctions prévues par la loi (*de jure*) que leur efficacité et leur crédibilité (*de facto*) qui influent sur le comportement de corruption. En effet, il est rare que les faits de corruption soient entièrement détectés par les mécanismes de contrôle internes de l'administration judiciaire, à cause de l'inefficacité des procédures internes et/ou de la collusion entre les contrôleurs et les agents publics corrompus. Il est envisageable, par exemple, qu'un fonctionnaire corrompu partage ses pots-de-vin avec ses supérieurs et ses collègues en échange de leur silence. Ces mécanismes de mutualisation des bénéfices de la corruption, rendant totalement inefficaces les procédures de contrôle et de sanction, sont d'ailleurs largement documentés dans la littérature juridique décrivant les Etats africains et portant sur la façon dont les services douaniers, par exemple, opèrent<sup>48</sup>. Toutefois, des mécanismes de contrôle externes à l'administration peuvent s'avérer efficaces pour lutter contre la corruption. Par exemple, il est communément considéré qu'une presse libre et indépendante peut, avec d'autres acteurs, être un élément important du processus de détection et de sanction des activités de corruption. Plusieurs travaux étudiants, au niveau des États en voie de développement, la relation

---

<sup>48</sup> W. A. AGUEMON, *Le droit douanier et l'harmonisation de la fiscalité de porte dans l'UEMOA et la CEDEAO : cas du Bénin et de la Côte d'Ivoire*, Université d'Abomey Calavi, thèse soutenue le 6 octobre 2018.

entre la liberté de la presse et la corruption confirment cette relation<sup>49</sup> et montrent que de faibles niveaux de liberté de la presse sont associés à de hauts niveaux de corruption.

Par ailleurs, la probabilité d'être poursuivi et condamné pour des pratiques de corruption dépend aussi de la capacité de la justice de traiter et de condamner de tels faits. Ceci est confirmé indirectement par la relation négative forte observée entre la qualité du système judiciaire des États comme c'est le cas au Mali et leur niveau de corruption. Plus encore, certains travaux suggèrent qu'au-delà de l'efficacité des systèmes judiciaires, tous les types de droits ne sont pas équivalents dans leur capacité à traiter et à réprimer les actes de corruption. Le système de *common laws* limiterait grandement la corruption, car il offre davantage de protection et d'opportunités de recours aux victimes de la corruption. La probabilité de la détection et de sanctions a également un effet indirect *via* le coût de la sanction (il s'agit souvent d'un renvoi). Il est souvent assimilé au coût de l'opportunité de la corruption, mesuré par le niveau des salaires dans la fonction publique.

Ainsi donc, la corruption est répandue au Mali, parce que les conditions s'y prêtent. L'appât du gain est extrêmement fort et exacerbé par la pauvreté, d'autant que les traitements des fonctionnaires<sup>50</sup>, déjà faibles, sont en baisse. En outre, les risques en tous genres (maladie, accidents et chômage) sont élevés au Mali, pays dépourvu des nombreux mécanismes de protection contre les risques (assurances et marché du travail bien développés) dont disposent les

---

<sup>49</sup> OCDE (2018), *Le rôle des médias et du journalisme d'investigation dans la lutte contre la corruption*, [www.oecd.org/fr/corruption/le-rôle-rôle-des-médias-et-du-journalismes-d-investigation-dans-la-lutte-contre-la-corruption.pdf](http://www.oecd.org/fr/corruption/le-rôle-rôle-des-médias-et-du-journalismes-d-investigation-dans-la-lutte-contre-la-corruption.pdf) ; José CARRERO, « La presse : corruption et libertés », *Le monde diplomatique : archive*, juin 1980, p. 22.

<sup>50</sup> En effet, dans le cadre de revendications sur les conditions de travail, le Syndicat autonome de la magistrature a entamé une grève depuis le 25 juillet 2018 jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2018. Une situation n'a pas laissé indifférent le gouvernement à travers le ministre de l'Économie et des Finances décidé à faire une retenue sur les salaires. Mais les sanctions envisagées ont été retirées au profit d'un apaisement entre le syndicat et le gouvernement.

pays du nord. Non seulement la motivation est forte, mais les occasions de corruption abondent. C'est ce qui ressort du rapport de *Transparency international*<sup>51</sup>. La violation des textes à des fins de corruptions dénoncées par les rapports du Bureau du vérificateur explique les manques à gagner. On constate donc la fréquence des mauvaises pratiques pendant l'attribution des marchés publics. La phase d'attribution est celle au cours de laquelle l'autorité contractante choisit l'attributaire. Pour l'OCDE, « c'est aussi à ce stade que l'inefficacité des structures de contrôle peut ouvrir la porte à de fréquentes manipulations. »<sup>52</sup> La mesure de la transparence au cours de cette phase est rendue difficile dès lors que le contenu des plis peut faire l'objet de manipulations. Denis Akouwerabou et Parfait Bako remarquent que, le plus souvent, le processus d'attribution des marchés publics est entaché d'un risque de manipulation des acteurs, couramment appelé « corruption ». La corruption consiste ainsi à se détourner de la concurrence et à octroyer le marché à travers des règles non orthodoxes. « Le phénomène de la corruption s'est tellement développé ces dernières années qu'il est devenu difficile, voire impossible d'obtenir un contrat public sans influencer et fausser le jeu de la compétition. »<sup>53</sup>

L'absence de critères de choix objectifs ou une mauvaise pondération des divers critères peuvent aussi peser sur le processus d'adjudication. Il y a donc une question de rente. Les rentes tirées des monopoles peuvent être fort élevées dans les économies très réglementées et, comme on l'a déjà noté, la corruption engendre une demande de réglementation accrue. De plus, au Mali, compte tenu de la situation sécuritaire et parce que l'économie est en transition, les

---

<sup>51</sup> Selon cette organisation, la corruption progresse, et cela sur toute la chaîne de la gouvernance. V. Rapport annuel sur la corruption dans le monde, *Transparency International*, 21 fév. 2017, <http://www.transparency.org>

<sup>52</sup> OCDE, Recommandation du conseil de l'OCDE sur les marchés publics, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>53</sup> Denis Denis AKOUWERABOU et Parfait BAKO, « Marchés Publics et Petites et Moyennes Entreprises au Burkina Faso : Quelle Gouvernance ? » *Rapport d'étude du Fonds de Recherche sur le Climat d'Investissement et l'Environnement des Affaires (FR-CIEA)*, Dakar, Sénégal, septembre 2013.

rentes économiques sont particulièrement importantes en raison du montant des actifs, autrefois publics, jetés en pâture au plus offrant. Le pouvoir discrétionnaire de nombreux fonctionnaires, notamment le juge conformément aux textes en vigueur, est vaste dans notre pays, cette carence systémique étant exacerbée par une réglementation plutôt vague, en perpétuel changement et mal diffusée.

La responsabilisation est en général faible, la concurrence politique et les libertés civiles souvent restreintes. Les lois et les principes moraux dans la conduite des affaires publiques sont peu développés, si tant est qu'ils existent, et les instances juridiques chargées de les faire respecter mal préparées à cette tâche complexe. Les contre-pouvoirs qui fournissent des renseignements sur lesquels se fondent la détection et l'application de la loi tels les enquêteurs, les comptables et la presse sont souvent faibles. Pourtant, de solides pouvoirs d'investigation sont indispensables. Comme les deux parties à la corruption en retirent souvent un profit mutuel, ce phénomène peut être extrêmement difficile à déceler. Même si la détection est possible, les sanctions risquent d'être légères lorsque la corruption est systémique. Il est difficile de punir sévèrement un individu alors que tant d'autres (y compris souvent les autorités) sont probablement aussi coupables. La menace de renvoi de la fonction publique n'a qu'un effet dissuasif limité<sup>54</sup> lorsque les traitements sont faibles.

Un autre facteur peut expliquer l'affaiblissement de la jurisprudence. On constate que l'indépendance du pouvoir judiciaire est affaiblie ou ineffective vis-à-vis du pouvoir exécutif, et cela malgré sa consécration par la loi fondamentale<sup>55</sup>. Les textes juridiques notamment la Constitution, les règlements intérieurs de la Cour suprême garantissent cette indépendance. La lecture de certaines dispositions corrobore cela. Parlant de la lutte contre la corruption, les

---

<sup>54</sup> La loi sur l'enrichissement illicite corrobore cette analyse. En effet, depuis la mise en place de l'office en charge de l'application de cette mesure, les tensions sont apparues où l'on a assisté à une réaction des fonctionnaires qui refusent de se soumettre à la déclaration des biens.

<sup>55</sup> L'art. 81 de la Constitution consacre cette garantie en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire.

mécanismes établis par l'exécutif limitent les compétences du juge judiciaire et du juge des comptes. Dans la procédure, c'est à travers les dénonciations de la section des comptes et le Bureau du vérificateur général que le procureur de la République est saisi<sup>56</sup>. Les investigations du vérificateur général peuvent relever des faits qui incriminent des autorités administratives ayant la qualité soit d'ordonnateurs, soit d'administrateurs de crédits. Dans ce cas, c'est la chambre de discipline budgétaire et financière de la section des comptes qui est compétente. Cela suppose l'effectivité de l'indépendance du juge dans la répression de la corruption. Mais cette indépendance révèle des insuffisances dans la pratique. Cet affaiblissement est l'une des raisons de l'incapacité d'un système judiciaire malien à faire respecter la loi sur la répression de la corruption<sup>57</sup>. Les conclusions de plusieurs rapports<sup>58</sup> sur l'intégrité de la justice au Mali révèlent que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas effective dans la pratique. Il ne faut donc pas se faire

---

<sup>56</sup> C'est ce qui ressort de l'article 77 de la loi n° 2013-028/ du 11 juillet 2013 relative aux lois des finances au Mali qui identifie les personnes soumises au contrôle de la juridiction des comptes.

<sup>57</sup> Les griefs retenus sont notamment les ristournes des producteurs de coton estimées à 9 462 152 071 FCFA en faveur du président de l'Assemblée permanente des Chambres d'agriculture du Mali (ci-après APCAM) Bakary Togola, ce qui témoigne de l'influence de l'exécutif sur la pratique judiciaire. En effet, le procureur du pôle économique de Bamako, suite à l'arrestation du président de l'APCAM, a subi plusieurs pressions de la part des proches du pouvoir présidentiel. Contre toute éventualité et en vue de ne pas étouffer cette procédure tant souhaitée par le peuple malien, une conférence de presse a été tenue le lendemain de son arrestation par le procureur.

<sup>58</sup> *Rapport périodique du Mali de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs à la mise en œuvre de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 2001-2011, publié en déc. 2011 ; F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Dossier : les cahiers de la justice*, 18 mars 2012 ; v. *ibid.*, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ., Coll. 2010, p. 36-37 ; N. DUPLE, « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », *L'indépendance de la justice*, nov. 2007, Dakar, Sénégal, p. 85, 2007, AHJUCAF, « hal-00498057 » ; v. Zeïni MOULAYE, Me Amidou DIABATE, Pr Yaya DOUMBIA, « Gouvernance de la justice au Mali », *Fredrich Hebert/Stiftung*, nov. 2007.

d'illusion, car, pour la justice pénale seule, la tâche serait démesurée. D'où l'intérêt d'une démarche préventive à travers la loi sur l'enrichissement illicite. Par ailleurs, on a suffisamment exploré jusqu'à présent l'adoption de règles déontologiques et l'usage de sanctions civiles dont la mise en œuvre suppose la transparence des décisions publiques et l'existence de contre-pouvoir. Ce dernier point est essentiel et constitue une cause majeure de l'inexistence de la jurisprudence sur la corruption. Malgré la panoplie des règles sur la répression de la corruption, seul le pouvoir autonome de la justice est susceptible de contrôler le pouvoir exécutif qui a la charge de conduire les affaires de l'administration.

La poursuite en matière de corruption est donc limitée par cette dépendance<sup>59</sup> amenuisée. En effet, le rôle du juge d'instruction, considéré comme une institution au pouvoir limité, dont le rôle est essentiel dans le processus pénal, se réduit au maniement de la détention provisoire pour une partie des affaires traitées par les Pôles économiques. Dans l'état actuel et même avec des changements importants en termes de réformes, on constate un déséquilibre de la justice malienne au profit d'un ministère public dépendant de l'exécutif. L'action du juge d'instruction dans la répression de la corruption a montré sa fragilité et ses limites. Pour que le juge d'instruction agisse, il faut d'abord qu'il soit saisi et la mise en œuvre de l'action publique dépend entièrement du parquet, donc de l'exécutif. Une telle décision de poursuite soulève de manière durable le problème des rapports de l'exécutif avec un ministère public au statut ambigu. À la fois membre du système judiciaire et agent administratif, le parquet peut intervenir pratiquement à tout moment de la procédure avec des pouvoirs considérables et le pouvoir exécutif peut s'immiscer continuellement dans le processus judiciaire.

Ainsi, on assiste à une véritable aporie depuis l'avènement de la démocratie où on espérait rétablir l'État de droit : la justice malienne dans sa lutte contre la corruption est déséquilibrée à cause de son absence d'autonomie. Le statut du ministère public est peu

---

<sup>59</sup> V. J. CARTIER-BRESSON, « Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes », *Le débat*, 1993/5 n° 77, p. 26-32.

supportable. Les mutations actuelles du phénomène de corruption et d'autres situations, le contraignent à participer davantage à la régulation des agissements au sein de l'administration malienne.

Ce métabolisme du système judiciaire ne concourt pas à une répression progressive et effective de la corruption. Dès lors, la corruption devient invisible, transparente parce qu'elle emprunte des formes correspondant à des pratiques et à des habitudes acceptées par les élites et par la population ce qui expliquerait l'impuissance du juge à sanctionner les auteurs. Le juge assiste à son aggravation et se montre incapable de trouver des éléments de réponses. Il s'agit d'un mal qui devient recyclable à l'image des déchets, dont le point focal ou la clé de voute est d'établir la preuve du pacte entre le corrompu et le corrupteur pour obtenir la condamnation. Celle-ci ne peut être obtenue dans la mesure où les textes en la matière sont dotés d'une certaine rigidité. Or, ne sachant que faire face à une norme rigide il est difficile de faire émerger une jurisprudence favorable à la répression de la corruption. Cela conduit à préconiser l'adoption de mesures pour assouplir la règle et pour faciliter la négociation préalable avec ses destinataires en vue d'améliorer la répression du phénomène de la corruption. C'est une réforme souhaitable puisqu'on constate une ineffectivité de la loi, non pas seulement en raison des seules imperfections de la législation, mais surtout à cause des pratiques de l'administration et de la justice. L'effet dissuasif de ces instruments reste limité, voire faible. Si on y ajoute le caractère tatillon de la justice, la non-application des jugements, les amnisties et les grâces, on réunit toutes les conditions d'une culture de l'impunité en raison de laquelle détourner les ressources de l'État devient banal et sans risque<sup>60</sup>. Pour mettre un frein à cela, il faut penser à définir de nouvelles stratégies qui permettraient de poser les jalons d'une dissuasion sans faille dans la répression de la corruption.

---

<sup>60</sup> Parce qu'on considère que le détournement de biens publics n'engendre pas de conséquences et que le Code pénal est impuissant face à cette situation dans la mesure où la notion de victime n'existe pas. V. M. ZIED EL AIR, *L'infraction de corruption : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, Université des sciences sociales Toulouse 1 - DEA sciences criminelles 2003.

## II. Les jalons pour les nouvelles perspectives de répression de la corruption

Les enjeux actuels de la gouvernance obligent les États à se doter des moyens pour la répression de la corruption. Cela passe par son intégration dans la politique publique nationale. Le Mali à l'instar de la communauté internationale est dans le collimateur des partenaires techniques et financiers<sup>61</sup>. Plusieurs restrictions ont été imposées depuis 2012 invitant le pays à assainir sa gouvernance conformément aux règles de transparence. C'est pourquoi dans le cadre de la répression de la corruption, il faut nécessairement réformer au profit de nouvelles approches dotées d'une certaine flexibilité. Le droit pénal sollicite alors le soutien du législateur. En effet, si les dispositions du Code s'avèrent insuffisantes, lacunaires et ne permettent pas de donner une solution juste à des problèmes nouveaux, le législateur devra intervenir. Son intervention consiste à intégrer des lois nouvelles dans le Code afin que toutes ses dispositions imposent un véritable état de droit. Il faut donc réviser le Code pour prolonger sa vie<sup>62</sup>. Cela est d'autant plus nécessaire que la jurisprudence malienne n'arrive pas à adapter graduellement le Code ce qui exige de moderniser le Code en le révisant. Cette révision peut sauver le Code notamment en matière de répression de la corruption et lui donner une nouvelle jeunesse. Ainsi, nous estimons qu'il est nécessaire de restaurer les moyens de la répression (A) pour rééquilibrer le dispositif juridique. En outre, la complexité d'établissement de la preuve en matière de corruption donne l'occasion de tenter une ouverture vers les mécanismes alternatifs de répression (B).

---

<sup>61</sup> Fonds monétaire international, Mali : *Rapport d'assistance technique anticorruption et lutte contre le blanchiment de capitaux*, Rapport n° 15/185, juillet 2015.

<sup>62</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, n° spécial, p. 2686.

**A. La restauration des moyens de répression et de prévention**

La répression de la corruption nécessite un traitement thérapeutique. La thérapie envisagée fait ressortir la partialité de la loi sur l'enrichissement illicite qui nécessite une restauration (1) et conduit à préconiser des moyens de préventions extra juridiques (2).

*1. Le constat d'une partialité de la loi sur l'enrichissement illicite nécessitant une restauration*

Le système répressif de la corruption est ruiné par un galvaudage au point de devenir une sorte de *no man's land* pour les autorités<sup>63</sup>. Cette insuffisance de la répression de la corruption ne peut pas continuer. Il faut envisager des moyens pour améliorer la répression. Vraisemblablement des possibilités existent pour l'adoption de moyens adaptés dans la répression de la corruption. Ces moyens peuvent porter sur le vote d'une loi en vue de restaurer les dispositions en vigueur sur la corruption à travers une réforme pour adapter l'existant à la situation actuelle. On constate que la réglementation sur la corruption est dispersée au point que sa maîtrise ou sa pratique devient délicate. La restauration des textes sur la corruption permet de regrouper les personnes assujetties à savoir le secteur public, le secteur privé, l'agent public étranger. L'arsenal juridique en vigueur est éparpillé et n'intègre pas toutes les composantes de la vie sociale et économique. Cela explique les réticences pour les fonctionnaires à déclarer leur bien.

Cette nouvelle perspective témoigne de la fragilité de la loi sur l'enrichissement illicite. Depuis son adoption, les assujettis protestent contre sa mise en application. En substance, le dispositif de la loi contre l'enrichissement illicite dans sa forme soulève quelques interrogations. La loi précise que l'exigence d'une déclaration, par les agents publics, de leurs patrimoines avant d'entrer en fonction, pendant, et à la cessation desdites fonctions procède du souci de

---

<sup>63</sup> Le législateur et le juge sont confrontés à un problème pour l'élaboration du droit. Les deux forment un couple créateur du droit. V. P. GODE, « La réalisation du droit : un *no man's land* ? », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1983-3, p. 523-539.

dissuader ces derniers contre toute tentation d'appropriation illicite de biens dans l'exercice ou à l'occasion de leur charge publique. Or, le titre III qui énumère les personnalités assujetties à la déclaration des biens n'a pas de raison d'être. Ses dispositions méritaient d'être insérées dans le titre suivant qui traite de la prévention de l'enrichissement illicite. Aussi, on remarque que les poursuites pour enrichissement illicite, du seul fait qu'elles se déroulent sur fond de renversement de la charge classique de la preuve, suscitent des polémiques entre différents courants doctrinaux du droit pénal<sup>64</sup>. Tout ceci devrait amener le législateur à faire preuve de davantage de discernement dans la fixation des règles pour la répression de cette infraction, notamment en prévoyant un titre ou un sous-titre. Il faut une véritable phase d'enquête préliminaire informelle, autrement dit d'échanges d'informations ou d'explications, plutôt que de dilution des dispositions s'y rapportant, et ce, de façon disparate dans deux titres, à la fois les titres IV et V traitant, respectivement, de la prévention et de la répression.

Pour le fond, en ce qui concerne l'obligation de déclaration de biens, les instruments juridiques internationaux, en l'occurrence la convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption<sup>65</sup> et la convention des Nations unies contre la corruption<sup>66</sup>, toutes deux ratifiées par le Mali, engagent à une généralisation de l'obligation de déclaration des biens imposée, au début, pendant et à la fin des fonctions, à tous les agents publics. Si la nouvelle loi sur l'enrichissement illicite prévoit une extension remarquable de cette obligation à de nombreux responsables politiques, administratifs,

---

<sup>64</sup> Assane KONE, « Lutte contre l'enrichissement illicite : l'absence des décrets d'application cache mal le manque de volonté politique », *Le républicain*, du 16 janvier 2015, [www.afribone.org](http://www.afribone.org).

<sup>65</sup> Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption adoptée par la 2<sup>e</sup> session ordinaire de la conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003.

<sup>66</sup> Convention des Nations unies contre la corruption adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 31 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Le Mali l'a signée le 9 décembre 2003 et ratifiée le 18 avril 2008.

militaires et judiciaires, ainsi qu'à d'autres gestionnaires publics, le Mali, même avec l'avènement de ce texte, est encore loin d'une mise en œuvre totale de la recommandation conventionnelle.

Cette loi souffre donc d'une certaine inefficacité. En effet, elle ne bénéficie pas d'une absolue légitimité au point de remarquer des méfiances de la part de certaines autorités, ce qui sous-tend une mauvaise application de la norme<sup>67</sup>. Au regard des textes internationaux<sup>68</sup>, en l'occurrence la convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, l'immunité ne constitue pas un obstacle pour la poursuite. Cette convention dispose en son article 7, point 5 : « sous réserve des dispositions de la législation nationale, toute immunité accordée aux agents publics ne constitue pas un obstacle à l'ouverture d'une enquête sur les allégations et d'un procès contre de tels agents ». De ce point de vue, le texte n'a pas évolué sur la question des privilèges et des immunités. Il se contente de renvoyer aux dispositions actuelles du Code de procédure pénale qui, dans leur application, n'empêchent guère l'exemption pure et simple de nombre de personnalités publiques des rigueurs de la loi. Des failles existent. L'article 21 stipule que : « Les dispositions du Code de procédure pénale relatives au privilège de

---

<sup>67</sup> Ch. BYK, « La force normative : une illusion tragique ? », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009-2, p. 553-555.

<sup>68</sup> C'est le cas entre autres de la convention des Nations unies sur la corruption, qui dans le paragraphe 2 de son article 30, dispose, au point 2 : « Chaque État partie prend les mesures nécessaires pour établir ou maintenir, conformément à son système juridique et à ses principes constitutionnels, un équilibre approprié entre toutes immunités ou tout privilège de juridiction accordés à ses agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, et la possibilité, si nécessaire, de rechercher, de poursuivre et de juger effectivement les infractions établies conformément à la présente Convention ». Dans la même perspective, la convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption, et plus contraignante, stipule en son article 7, point 5 : « sous réserve des dispositions de la législation nationale, toute immunité accordée aux agents publics ne constitue pas un obstacle à l'ouverture d'une enquête sur les allégations et d'un procès contre de tels agents ».

juridiction reconnu à certaines catégories d'agents publics sont observées ». L'article 22 précise que « lorsque les faits constitutifs de l'enrichissement illicite sont imputés à une personne bénéficiant d'un privilège de juridiction ou d'une immunité, le procureur de la République transmet le dossier à l'autorité compétente aux fins d'exercice des poursuites par les voies légales ». Le magistrat à la Cour suprême pense que pour l'atteinte des objectifs de ces instruments contre toute impunité en matière de gestion de la chose publique, il aurait donc fallu innover sur cette question du privilège de juridiction et d'immunité de façon à ne laisser aucun trou dans le filet de la répression de l'enrichissement illicite.

Pour ce qui est de la sanction, l'infraction d'enrichissement illicite judiciairement établie, est tout à fait assimilable, quant à l'impact sur l'ordre public, à celle d'atteinte au bien public, et comme telle, sa sanction devrait être modulée, en fonction de la gravité des faits commis, allant de peines délictuelles à des peines criminelles, conformément aux dispositions de l'article 107 du Code pénal, plutôt que de qualifier, indistinctement, tous les agissements de délictuels, quelle que soit l'importance de l'appropriation illicite avérée. On observe que les poursuites s'écartent de la cohérence. En effet, l'article 14 dispose que « la poursuite et l'instruction de l'infraction d'enrichissement illicite relèvent de la compétence des Pôles économiques et financiers... ». Il est difficile de justifier cette limite qui s'appuie sur la dimension de la nature économique ou financière de l'infraction. Il est à craindre qu'au regard du nombre de personnalités assujetties à l'obligation, considérable, que les trois seuls Pôles économiques et financiers du pays ne soient vite submergés de dossiers de poursuites. Ces Pôles obtiennent les informations autrement dit des dénonciations via le Bureau du vérificateur général et la section des comptes de la Cour suprême. Les compétences des structures de relais et d'informations ne sont pas élargies. Or elles doivent effectuer des audits sur l'exécution des finances publiques. Les manques à gagner et les détournements décelés sont dénoncés et transmis au procureur de la République, qui à son tour, saisit le Pôle économique pour effectuer des enquêtes. Et les résultats du procureur sont transmis au ministre de la Justice qui doit ordonner la poursuite.

Dans certains cas, le procureur de la République effectue des enquêtes et des poursuites, une fois saisi par l'entreprise. On constate un foisonnement dans la procédure et le procureur peut ou pas ordonner de poursuivre les enquêtes.

L'analyse de la loi sur l'enrichissement illicite montre toute l'urgence de réformer la loi en vue de le renforcer à la dimension de celle adoptée par l'Angleterre<sup>69</sup>. En effet, cette loi instaure quatre délits : la corruption active et passive qui concerne le secteur privé et public, la corruption d'un agent public étranger et le défaut par une personne morale de prévention de la corruption<sup>70</sup>. Cette loi interdit les « Facilitation Payments », à savoir les paiements modestes, usuels dans certains pays en vue d'accélérer l'exécution d'actions routinières. On peut constater qu'il y a une effectivité dans la définition de la répression de la corruption en Angleterre. Or, la législation malienne semble réserver la loi sur l'enrichissement illicite aux seuls agents publics de l'État. Le Code pénal ne dispose pas d'une telle précision ou effectivité. Il faut donc élargir le champ d'application en adoptant une loi pouvant englober l'ensemble des acteurs de vie sociale et économique notamment le secteur public, le secteur privé, l'agent public étranger.

Des contestations<sup>71</sup> sont liées à la déclaration des biens parce que dans la forme comme dans le fond des insuffisances persistent. L'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite est submergé par des protestations syndicales<sup>72</sup> et les fonctionnaires refusent de se

---

<sup>69</sup> UK Bribery Act 2010 – Loi britannique sur la corruption.

<sup>70</sup> D. DARDY, O. DAS, « Corruption – 3 questions : La nouvelle loi britannique anticorruption (UKBA) », *Revue la semaine juridique, entreprise et affaires*, n° 38, 22 sept. 2011, p. 5-6 ; J. MATTOUT, « Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption : Un danger pour les entreprises françaises ? », *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur - J.D.I.*, octobre-novembre-décembre 2011, p. 887-904

<sup>71</sup> Youssouf Z KEITA, « Office central de lutte contre l'enrichissement illicite : Démission en cascade avant et après la prestation de serment », *Info soir*, 1er août 2017, [www.maliweb.net](http://www.maliweb.net).

<sup>72</sup> Ce fut le cas du Syndicat national des travailleurs de l'administration d'État (SYNTADE).

soumettre à la déclaration des biens. Cela démontre des failles dans la loi sur l'enrichissement illicite et dans l'organisation de l'institution en charge d'assurer sa mise en œuvre. L'adoption d'une loi doit prendre en compte certains critères fondamentaux notamment le caractère général et impersonnel qui semble ne pas être intégré. Les fonctionnaires se sentent surveillés tout en sachant que la vie sociale et économique doit interpeller tous les acteurs (privé, public ou étranger). La dislocation de cet ensemble ne constitue pas une bonne approche pour la répression de la corruption. Il faut étendre la loi à toutes les composantes de l'ensemble.

Le secteur privé semble bénéficier d'un oubli de la loi, ce qui devient de plus en plus nocif en matière de corruption. Les moyens de répression de la corruption doivent intégrer le secteur privé au même titre que le secteur public et que l'agent étranger. Pour ce faire, les personnes morales privées doivent adopter en leur sein un dispositif de prévention de la corruption. Elles doivent veiller à sa mise en application d'où l'exigence d'une mise en place de moyens de précaution pour se prémunir contre le délit de corruption. Il s'agit là d'une procédure interne relative aux cadeaux et aux avantages offerts et/ou reçus, avec un code de conduite comprenant des mesures anticorruptions.

Par ailleurs, la réforme de la loi en gestation qui intègre de nouvelles dispositions adaptées à la mutation du phénomène de la corruption doit prévoir des critères qui conditionnent les poursuites. Jusque-là l'opportunité est donnée au parquet de densifier les poursuites. Il faut donc envisager d'élargir les procédures d'engagement pour l'introduction des plaintes. Les parties compétentes pour engager les poursuites doivent s'étendre au-delà du ministère public, à d'autres parties habilitées à disposer de ce pouvoir. Toute chose qui légitime la reconnaissance de l'action civile. Cette ouverture va permettre à toute personne, notamment à un intermédiaire, de déclencher des poursuites pour des faits de corruption et aussi pour se constituer partie. La loi ainsi envisagée peut être renforcée par d'autres moyens.

2. *L'adoption des moyens de préventions extra juridiques*

La synergie dans les réformes peut s'avérer un élément décisif pour la répression de la corruption. La restauration des moyens pour la répression de la corruption passe aussi par la prise en charge de certains facteurs. Bien qu'ils reconnaissent bon nombre des coûts de la corruption, les sceptiques se demandent si la lutte vaut la peine d'être entreprise. Le camp des « fatalistes » rappelle les piètres succès des efforts de répression, en notant qu'il a fallu plus d'une décennie au roi Soundiata Kéita pour vaincre Soumaoro Kanté au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>73</sup>. En effet, certains pays africains ont montré une exemplarité sans équivoque dans la lutte contre la corruption<sup>74</sup>. C'est le cas du Botswana qui constitue un modèle de probité depuis des décennies. L'Ouganda aussi récemment a fait quelques progrès dans la maîtrise de la corruption. Il y a des exemples de réussite qui doivent susciter des interrogations, notamment sur les éléments communs à ces réussites. Des organes de surveillance, tels que les commissions indépendantes contre la corruption ainsi que de petites associations qui la combattent par exemple au Botswana, sont souvent crédités d'une grande partie des progrès.

En Ouganda, le gouvernement arrivé au pouvoir en 1986 a entrepris de réformer et de réglementer l'économie, ainsi que de réformer la fonction publique et de renforcer le Bureau du vérificateur général<sup>75</sup>. Il a nommé un inspecteur général de bonne réputation et l'a chargé d'enquêter sur la corruption et de la réprimer, et lancé une campagne de sensibilisation aux méfaits de ce fléau. Le Botswana est un exemple de pays où la saine gestion de l'économie et du secteur public, une fois établie, s'est d'emblée traduite par une bonne conduite

---

<sup>73</sup> L'Empire du Mali est un État africain médiéval. Fondé au XIII<sup>e</sup> siècle par Soundiata Keita, il connut son apogée au XIV<sup>e</sup> siècle. Il serait à l'origine de la charte du Manden.

<sup>74</sup> C. W. GRAY et D. KAUFMANN, « Corruption et développement », *Finances-Développement*, mars 1998, p. 9-10.

<sup>75</sup> La loi n° 03-030 du 25 août 2003 institue le vérificateur général au Mali. Cette institution est investie d'un pouvoir de contrôle et depuis son institution, plusieurs rapports ont été établis stipulant des détournements colossaux.

des affaires publiques. La réussite de ce pays a tenu principalement à la création récente de son service de répression de la corruption. C'est le cas au Ghana aussi où le président Obama en 2009<sup>76</sup> a fait sa première visite, dans la mesure où les finances publiques ont été accréditées par plusieurs partenaires financiers.

Pour leur part, les autorités maliennes affichent une réelle volonté en renforçant le contrôle des finances publiques. C'est ce qui explique la création du Bureau du vérificateur général<sup>77</sup> dont le but est de renforcer le contrôle des finances publiques afin de lutter contre la corruption. Une institution qui répond aux attentes internationales notamment à propos de la bonne gestion et de la performance des politiques, des opérations ou des programmes publics.<sup>78</sup> Mais, depuis sa création, les différents rapports produits n'ont pas eu suffisamment de réponses en termes de sanction. Une situation qui doit être renforcée pour lutter contre la corruption.

Par ailleurs, la répression de la corruption au Mali peut s'appuyer sur des moyens ayant permis à d'autres États de combattre le fléau. D'autant plus que la corruption constitue le symptôme de causes économiques, politiques et institutionnelles. Pour la combattre avec efficacité, il faut s'attaquer à ces causes sous-jacentes. L'effort doit porter principalement sur la prévention, c'est-à-dire la réforme des politiques économiques, des institutions et des incitations, faute de quoi toute tentative pour améliorer l'application de la législation anticorruption en recourant à la police, aux institutions gardiennes de la déontologie ou à des organes de surveillance spéciaux au sein de l'État, serait vouée à l'échec.

Pour y parvenir, voici quelques-unes des principales réformes de politique économique qui réduiront sans ambiguïté les occasions de

---

<sup>76</sup> Les principaux points du discours de Barack OBAMA, AFP, publié le 11-07-2009, [www.lepoint.fr](http://www.lepoint.fr)

<sup>77</sup> Le Bureau du vérificateur général a été institué par la loi n° 03-030 du 25 août 2003 et abrogé par la loi n° 2012-009 du 8 février 2012.

<sup>78</sup> Rapport de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI) sur les « Principes fondamentaux du contrôle des finances publiques », p. 4 ; voir aussi sur le site [www.intosai.org](http://www.intosai.org) ou [www.issai.org](http://www.issai.org).

corruption : abaissement des droits de douane et autres barrières au commerce international ; unification des taux de change et d'intérêt déterminés par le marché ; élimination des subventions aux entreprises ; réduction de la réglementation, des obligations de licence et des autres obstacles à l'entrée d'entreprises et d'investisseurs nouveaux ; démantèlement des monopoles et privatisation des actifs publics ; enfin application transparente de la réglementation bancaire ainsi que des normes de vérification et de comptabilité. La réforme des institutions d'État peut comprendre la restructuration de la fonction publique, l'amélioration de la budgétisation, de la gestion financière et de l'administration fiscale, ainsi que le renforcement des systèmes juridiques et judiciaires. Ces réformes doivent modifier les structures et les procédures de l'État, en promouvant la concurrence et les incitations internes dans le secteur public, et en renforçant les poids et contrepoids internes et externes. Pour compléter ces grands chantiers, l'application scrupuleuse et transparente de la loi, par exemple la poursuite en justice de certains grands personnages corrompus, peut aussi être utile.

Au-delà il est envisageable de renforcer la collaboration entre les institutions. Le juge des comptes et le juge judiciaire doivent renforcer des moyens de communication pour consolider les techniques d'enquêtes compte tenu de la complexité du phénomène de la corruption. Ce partenariat ne doit pas occulter le Bureau du vérificateur. Celui-ci peut être une source d'information pour l'entrée en jeu du juge d'instruction. Aujourd'hui il est nécessaire d'accorder un crédit à la société civile qui constitue un acteur aussi actif que les autres institutions. Son implication peut largement contribuer à identifier les actes et cela peut être un moyen de dissuasion dans la répression de la corruption.

La liste des mesures anticorruptions ne s'arrête pas là. Il convient de choisir les principales dispositions à mettre en œuvre, compte tenu des capacités d'action de l'État, au début d'une campagne de lutte ainsi que par la suite. Du fait que la corruption systémique est par définition profondément enracinée, il faut agir rigoureusement. Pour ce faire, il faut intégrer de nouveaux mécanismes alternatifs dans la répression de la corruption.

### ***B. L'intégration des mécanismes alternatifs de répression***

Les mécanismes alternatifs peuvent largement contribuer à mettre en œuvre la responsabilité des auteurs de corruption. De toute évidence, le droit pénal est appelé à s'écarter de sa rigidité classique<sup>79</sup> pour apporter une répression effective dans certains types d'infraction comme la corruption. Il s'agit là de définir un paradigme émergent dans la répression de la corruption. Pour ce faire, il faut décriminaliser la corruption (1) et reconnaître le droit d'alerte (2).

#### *1. La décriminalisation de la corruption*

La répression de la corruption au Mali est d'une rigidité trop importante. C'est ce qui explique la quasi-absence de jurisprudence. L'infraction de corruption a des particularités qui doivent sans doute amener le législateur à s'ouvrir aux procédés capables de l'identifier pour faciliter sa répression. Mieux : le législateur malien est aujourd'hui contraint à adopter une analyse flexible pour se doter de moyens nouveaux dans la lutte contre la corruption. L'objectif de révision de l'arsenal pénal en ce qui concerne la répression de la corruption est de faciliter l'amélioration des méthodes de poursuite qui connaissent des difficultés dans les procédures d'enquête. Pour atteindre cet objectif, il est essentiel d'exclure la qualification de crime qui est retenue et plutôt d'admettre la corruption comme un délit. Cette classification va décentraliser les poursuites et étendre la compétence aux tribunaux correctionnels. Un tel effort du législateur va engendrer une souplesse dans les procédures d'enquête et contribuer à la relance d'une jurisprudence accessible et dissuasive.

Ces contrariétés dans la répression de la corruption doit faire l'objet d'une analyse rationnelle. La décriminalisation de la corruption se présente comme une alternative dans le contexte malien pour créer

---

<sup>79</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd. Paris, 2001, p. 137. Th. MOREAU, « La flexibilité dans l'exécution des peines et mesures pénales », *Université catholique de Louvain, Les XXI<sup>es</sup> journées juridiques Jean Dabin*, 8-9 déc. 2011, atelier droit pénal, 9 déc.

une synergie qui va aider le Code à densifier son éclairage et sa réaction contre les actes de corruption. Il s'agit de concevoir la corruption comme un délit, mais qui se caractérise soit comme un délit simple compte tenu de sa gravité et soit comme un délit qualifié ou grave. Cette réforme législative va anéantir l'aspect compliqué de la répression de la corruption qui ne sera plus considéré comme une infraction marquée par une rupture épistémologique entre le droit et sa connaissance<sup>80</sup>. Le droit se présente formellement comme une pyramide de normes<sup>81</sup>. Chaque norme édicte un impératif hypothétique dont la validité se déduit du rattachement à l'ordonnement juridique. La conformité de la norme aux valeurs fondamentales légitime la contrainte exercée<sup>82</sup>. L'ensemble forme un système autonome vis-à-vis des autres systèmes sociaux, bien qu'ils

---

<sup>80</sup> V. sur ces deux pôles P. AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », in Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 297. La recherche se déploie dans une double direction, en vue de fonder à la fois le statut de l'objet de recherche et le statut de l'activité de recherche tournée vers cet objet. Les théories de la connaissance du droit suscitent un regain d'intérêt V. notamment C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, thèse, LGDJ, 1994, préface J. GHESTIN, n° 1, p. 1 qui part du constat qu'il n'y a pas de science purement empirique du droit pour en déduire la nécessité de dégager les concepts nécessaires pour aborder le droit positif. De manière scientifique. Cet appel à la science à l'issue d'une réflexion sur les méthodes de la connaissance juridique n'est pas sans précédent. V. le mouvement de la libre recherche scientifique et notamment F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. 1, 1914 ; F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1996, réimpression de l'édition de 1919.

<sup>81</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad de la 2<sup>e</sup> éd. *De la Reine Rechtslehre par Ch. Eisenmann*, Dalloz, 1962, p. 299 et s.

<sup>82</sup> H. KELSEN se contente d'une légitimité formelle : le jugement de valeur objectif énonce soit qu'une conduite effective est conforme à une norme considérée comme objectivement valable et est en ce sens bonne, soit qu'une conduite effective contredit une telle norme et est en ce sens mauvaise, c'est-à-dire contraire à une valeur. H. KELSEN, *op. cit.*, p 23.

évoluent chacun sous l'influence de leurs actions réciproques<sup>83</sup>. La procédure démocratique préconisée pour la répression de la corruption devrait assurer la régulation du système juridique par rapport aux autres systèmes sociaux, et garantir ainsi sa rationalité et sa légitimité<sup>84</sup>. Mais ce schéma idéal reflète imparfaitement le droit positif. Les normes reposent sur des valeurs nécessairement relatives et imparfaites<sup>85</sup>. En outre, la modification de l'ordonnement juridique requiert une décision. Rien ne garantit la régulation du système juridique. Face à l'inaction du législateur, l'interprète ne jouit que d'une liberté encadrée<sup>86</sup> surtout en matière pénale où l'interprétation est stricte.

Cet effort dans la construction de la répression du phénomène de la corruption manifeste une certaine cohérence et objectivité. En effet, l'objectivité naît de la rupture entre l'objet et le sujet, autrement dit, entre le droit et sa connaissance<sup>87</sup>. Si la pratique du droit est un art, sa connaissance n'en demeure pas moins une science. La rupture entre le droit et sa connaissance n'impose cependant pas d'abandonner le raisonnement juridique traditionnel qui permet d'assurer son évolution auprès du législateur. Le droit pratique une rigoureuse méthode d'analyse, même si cette méthode, tournée vers l'application des normes, n'appréhende que partiellement la complexité du

---

<sup>83</sup> J.-L. LE MOIGNE, *La théorie du système général, Théorie de la modélisation*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1994.

<sup>84</sup> J. HABERMAS, *Droit et démocratie - Entre faits et normes*, Gallimard, NRF essais, 1992, trad. de l'allemand, 1997. Dans cet ouvrage, l'auteur applique au phénomène juridique le concept de discussion au centre de son livre. La légitimité de la contrainte suppose que les citoyens puissent à tout moment se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis.

<sup>85</sup> Ch. PERELMAN, *Justice et Raison*, 2<sup>e</sup> éd. Université de Bruxelles, 1972 ; B. HUISMAN et F. RIBES, *Les philosophes et le droit - Les grands textes philosophiques sur le droit*, Bordas, 1988, p. 331.

<sup>86</sup> SALEILLES, Préface de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1996, réimpression de l'édition de 1919.

<sup>87</sup> X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, thèse, LGDJ, 1994, préface J. GHESTIN, n° 1, p. 1 qui part du constat qu'il n'y a pas de science purement empirique du droit pour en déduire la nécessité de dégager les concepts nécessaires pour aborder le droit positif de manière scientifique.

système juridique<sup>88</sup>. La loi n'exprime pas tout le droit. La diversité des sources du droit autorise la multiplication des points de vue et des approches<sup>89</sup>. En proposant une explication rationnelle du phénomène juridique que constitue la corruption, la connaissance du droit rejoint, par d'autres voies, les préoccupations des acteurs de la scène juridique à la recherche de cohérence et de prévisibilité. Dès lors, la pertinence de la décriminalisation de la corruption est une évidence. Mais cette alternative n'en demeure pas suffisante, il faut l'élargir à d'autres moyens qui peuvent contribuer à l'anéantissement du phénomène de la corruption.

*2. La reconnaissance du droit d'alerte en lien avec la protection des personnes impliquées*

Prenant conscience de l'ampleur de la corruption, le recours à certaines alternatives est imminent. Les autorités dans la lutte contre la corruption peuvent s'appuyer sur les procédés d'alertes pour renforcer les moyens de répression. Il s'agit là d'un effort de flexibilité que la législation peut reconnaître<sup>90</sup> ou étendre pour sortir des limites du pouvoir de sanction du ministère public. Il y a la possibilité pour le droit pénal malien de la corruption d'offrir une immunité totale ou une réduction des amendes qui auraient autrement été infligées à un

---

<sup>88</sup> G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, Quadrige, 1<sup>re</sup> éd. 1934, 5<sup>e</sup> éd. 1995, p. 143.

<sup>89</sup> J. CARBONNIER à travers les notes d'histoire, de théorie juridique, de sociologie, de politique législative et de pratique judiciaire de ses manuels de droit civil marque un net intérêt pour les sciences auxiliaires du droit.

<sup>90</sup> En effet, le Code de procédure pénale exige la dénonciation des crimes. L'art. 58 dispose que : « Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, sera tenu d'en donner avis sur-le-champ au procureur de la République ou au juge de paix à compétence étendue près le tribunal dans le ressort duquel le prévenu pourrait être trouvé et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. » Mais cette dénonciation est perçue dans la majorité des cas comme portant sur des infractions autres que la corruption notamment l'assassinat, le vol, le viol, etc. Il faut donc l'étendre pour permettre à d'autres personnes souvent bien placées de dénoncer les actes de corruption.

participant à une opération de corruption en échange de la divulgation librement consentie d'informations concernant l'acte de corruption et de sa coopération à l'enquête menée par les autorités<sup>91</sup>. C'est une opportunité proposée par le procureur en charge du pôle économique et financier de Bamako qui invite toutes personnes dépositaires d'informations ou de documents relatifs à l'affaire dite « des avions cloués au sol », à bien vouloir les porter à sa connaissance et à sa disposition sous anonymat<sup>92</sup>. C'est par une telle démarche que la procédure pénale peut obtenir des moyens pour bénéficier de certaines informations. Dès lors, la procédure d'encouragements permet d'aboutir à des solutions négociées établissant une dissuasion à l'égard des protagonistes.

Cet allègement des procédures pénales constitue une exception, mais peut être une procédure alternative au point de trouver des partisans face aux mutations de la corruption. Pour adopter un tel procédé, il est nécessaire de définir des critères. La clémence du droit pénal n'est pas gratuite. Il faut donc respecter certaines conditions. D'une part, une décision conditionnelle d'immunité est accordée à un individu ayant pris part partiellement à l'acte corrompu, qui a fourni en premier des renseignements et des éléments de preuve permettant aux enquêteurs de mener une inspection ciblée ou de constater une infraction. L'immunité conditionnelle accordée est ensuite confirmée dans la décision finale de prohibition du cartel, si le corrompu « partiel » a rempli toutes les conditions nécessaires au cours de la procédure administrative.

---

<sup>91</sup> Cette procédure a obtenu des succès dans bien de domaines. En effet, dans la répression des ententes anticoncurrentielles, les procédures négociées ont permis à la commission de l'Union européenne en charge de la protection du marché communautaire de démanteler des cartels ayant entaché le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union. V. Ch. VILMART, « Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence », *Revue la semaine juridique, entreprise et affaires*, n° 20-21, mai 2007, p. 17.

<sup>92</sup> Mamadou Kassogue (procureur de la République), « Appel à témoins », Cour d'appel de Bamako, Tribunal de grande instance de la commune III du district de Bamako, cabinet de M. le procureur de la République, 16 septembre 2019.

D'autre part, lorsque les conditions prévues pour bénéficier d'une immunité d'amende ne sont pas remplies, l'acteur d'un acte de corruption peut encore bénéficier de clémence en obtenant une réduction d'amende, s'il met fin à sa participation à l'acte de corruption qui, dans certains cas, risque de continuer jusqu'à l'épuisement d'un marché ou de l'exercice d'un mandat, etc. Dans ce cas de figure, il peut bénéficier d'indulgence à condition de fournir les éléments de preuve renforçant la capacité des enquêteurs à prouver l'infraction.

Le juge a toute latitude pour déterminer discrétionnairement dans sa décision finale le niveau de réduction, dont l'auteur facilitateur bénéficiera par rapport au montant de l'amende qui lui aurait normalement été infligée. L'auteur repentí peut être une menace pour ses anciens complices et sa collaboration sans doute est un rempart contre le pacte de corruption qui jusque-là était difficile à établir.

Par ailleurs, le droit d'alerte peut être reconnu en dehors des individus ayant participé à l'acte de corruption, à d'autres personnes qui se trouvent dans des circonstances favorables à la dénonciation. Ces personnes compte tenu de leur contribution pour faciliter les enquêtes, doivent être défendues. Il est nécessaire de protéger les lanceurs d'alerte<sup>93</sup> dans le domaine des atteintes à la probité, notamment de la corruption. Le droit répressif de la délinquance financière en général et de la corruption en particulier peut intégrer des dispositions qui créeront un statut protecteur applicable à l'ensemble des lanceurs d'alerte du secteur public et du secteur privé, quel que soit le domaine d'activité. Le droit d'alerte consiste, de manière générale, en la faculté pour une personne de signaler des comportements frauduleux ou des risques graves. Il s'agit d'imposer

---

<sup>93</sup> En droit français, ce mécanisme a permis de faire éclater beaucoup de scandales financiers. V. D. LOCHAK, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *Revue des droits de l'homme* (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux : CREDOF), Nanterre, 2016 ; J. LE FLOC'H-ABDOU, *Les lanceurs d'alerte français, une espèce protégée ?* Paris X Ouest-Nanterre-La Défense, master II droit pénal et sciences criminelles, 2015.

aux agents publics de l'État et les agents des entreprises privées une obligation de signalement des délits et crimes.

En matière de lutte contre la corruption, la loi préconisée doit instaurer un régime de protection pour les salariés qui dénoncent des faits de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, le salarié bénéficie d'une protection lorsqu'il relate ou témoigne « de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Une dénonciation qui justifie sa protection. Pour cela, la loi intégrera des dispositions pour que la personne ne puisse faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la corruption.

Un statut protecteur pour les lanceurs d'alerte est nécessaire. Le projet de loi définira les principes de la protection du lanceur d'alerte, en s'attachant à la nécessaire protection de celui qui lance une alerte dans l'intérêt général, mais également à la protection de ceux, personnes morales ou personnes physiques, qui pourraient être l'objet d'une alerte qui se révélerait finalement malveillante ou infondée. En particulier, le projet de loi donnera une définition du lanceur d'alerte. Il précisera aussi les principes régissant l'alerte éthique, ainsi que ses modalités, notamment la mise en place de canaux gradués et sécurisés à la disposition du lanceur d'alerte. Il en fixera les limites, en particulier sa conciliation avec le respect des différents secrets pénalement protégés comme le secret fiscal ou médical.

Il y a là une synergie autour de la répression de la corruption. Les moyens préconisés peuvent renforcer l'arsenal répressif de la corruption. L'alerte des lanceurs et des auteurs voulant bénéficier d'une immunité offre une alternative dont le droit pénal peut s'inspirer pour assurer son effectivité. Il est clair que toute proportion gardée, il y a là un souci d'effectivité, car comme le disait le doyen Carbonnier, « ce qui n'est pas effectif n'est point du droit »<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6e éd. LGDJ 1988.

\*

\* \*

Si la pauvreté est un facteur criminogène<sup>95</sup>, la corruption ajoute un lien de causalité. Cet état de fait confirme la nécessité de sanctionner la corruption. Mais il faut une loi effective pour la répression de la corruption. Pour cela, il faut qu'elle procure des moyens efficaces et adaptés. C'est ainsi que le juge malien trouve un réconfort ou une légitimité auprès de la population. Celle-ci ne doit plus se contenter de la phrase : « un bien mal acquis ne prospère jamais », ce qu'explique l'incapacité ou la misère de la justice<sup>96</sup>. Le citoyen doit obtenir la justice auprès des instances en charge de ce service public. L'incapacité du juge à réprimer la corruption est un leurre. La justice doit être faite même si le ciel descend sur terre. Le juge y est tenu, même s'il lui faut recourir à l'expression *summum jus, summa injuria* c'est-à-dire que le droit poussé jusqu'au bout de sa logique aboutit à un sommet d'injustice. Pour la répression de la corruption, il faut une application rigoureuse de la loi.

Le Mali dans son état actuel, est confronté aux problèmes du développement, freiné en grande partie par la corruption. Les textes juridiques se heurtent à des difficultés dans leur application compte tenu des fragilités dont souffre la justice. C'est en cela d'ailleurs que l'on peut admettre que la finalité de la corruption n'est pas seulement une question d'enrichissement et de survie économique. Elle est aussi politique à travers la survie politique des dirigeants au pouvoir. Ce constat trouve une parfaite illustration dans la non-exécution des rapports du vérificateur général. Cette institution auparavant considérée comme l'apôtre de la transparence dans l'exécution des finances publiques au Mali, a plutôt provoqué une déception à

---

<sup>95</sup> M. CUSSON, « Les relations paradoxales entre la pauvreté et la délinquance », revue *Cahiers de la sécurité*, n° 4, avril-juin 2008, 7 p.

<sup>96</sup> E. Boshab, « La misère de la justice et la justice de la misère en République Démocratique du Congo », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998-3, p. 1164

plusieurs égards. D'ailleurs les pratiques de corruption s'accroissent davantage parce que l'impunité devient habituelle dans la répression de la corruption.

Si bien que des difficultés existent dans l'application effective des textes. On retient aussi que la rigidité des textes constitue un obstacle pour réprimer la corruption. Les textes en la matière foisonnent et sont soupçonnés de partialité comme en illustre la loi sur l'enrichissement illicite.

Les paradigmes proposés peuvent renforcer le droit pénal malien en guise de lignes de conduite dans la répression de la corruption. L'acte de corrompre n'est nullement justifié comme un état de nécessité<sup>97</sup> et le juge doit le réprimer. Pour cela, il doit s'adapter au phénomène de la corruption pour trouver du répondant dans son éradication. Puisque le phénomène mute, le droit doit le suivre sans quoi la répression peut être compromise. C'est d'ailleurs toute l'inquiétude : qu'advierait-il si le droit pénal reste rigide dans son raisonnement ?

---

<sup>97</sup> J. Abras, « État de nécessité : le juge pénal à l'épreuve de la leçon du mythe de Prométhée », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009-2, p. 709-726.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

- AGUEMON W. A., *Le droit douanier et l'harmonisation de la fiscalité de porte dans l'UEMOA et la CEDEAO : cas du Bénin et de la Côte d'Ivoire*, Université d'Abomey Calavi, thèse soutenue le 6 octobre 2018
- ALT E., LUC I., *La lutte contre la corruption*, Paris, PUF, 1997
- AMSELEK P., « Éléments d'une définition de la recherche juridique », in ATIAS Ch., *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 297
- BACHELARD G., *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, Quadrige, 1<sup>re</sup> éd. 1934, 5<sup>e</sup> éd. 1995, p. 143
- CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6<sup>e</sup> éd. LGDJ 1988
- CARBONNIER J., *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd. Paris, 2001, p. 137
- CARTIER-BRESSON J., « La corruption entre analyse positive et analyse normative », in DARBON D. (dir.), *Le comparatisme à la croisée des chemins*, éd. Kartala, 2010, p. 141-153
- CARTIER-BRESSON J., *Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes*, Le débat, 1993/5 n° 77, p. 26-32
- FLOCH-ABDOU J. LE, *Les lanceurs d'alerte français, une espèce protégée?* Paris X Ouest-Nanterre-La Défense, Master II de droit pénal et sciences criminelles, 2015
- FRISON-ROCHE M. A., « La constitution d'un droit répressif *ad hoc* entre système juridique et système économique et financier », in « La justice pénale face à la délinquance économique et financière », ouvrage collectif, Dalloz, thèmes et commentaires, 2001, p. 17-30
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1996, réimpression de l'édition de 1919
- GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, t. 1, 1914
- GRAY C. W., KAUFMANN D., « Corruption et développement », *Finances-Développement*, mars 1998, p. 9-10
- HABERMAS J., *Droit et démocratie - Entre faits et normes*, Gallimard, NRF essais, 1992, trad. de l'allemand, 1997

- HUISMAN B., RIBES F., *Les philosophes et le droit - Les grands textes philosophiques sur le droit*, Bordas, 1988, p 331
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Trad de la 2e éd. De la Reine Rechtslehre par Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 299 et s.
- LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, thèse, LGDJ, 1994
- LASCOUMES P., *Corruptions*, Paris, Presses de Science PO, 1999, p. 36 in FITZGERLD Ph., *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption des agents publics étrangers*, Droit, Université de Toulon, 2011. Français, p. 15-16. <NNT : 2011TOUL0064>. <Tel-00674765>
- LASCOUMES P., LE HAY V., *L'argent, circuit et circulation*, PUF, vol. 63, 2013, p. 9 à 15
- LASCOUMES P., *Une démocratie corruptible, arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Seuil, Paris, 2011
- LE MOIGNE J.-L., *La théorie du système général, Théorie de la modélisation*, PUF, 4<sup>e</sup> éd., 1994
- MATSOPOULOU H. (dir.), *Lamy droit pénal des affaires*, Wolters Kluwer France SAS, 2016
- MERLE R., VITU A., *Traité du droit criminel. 1. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, CUJAS, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1997, n° 2 et s.
- MERLE R. (dir.), *Les mondes du crime. Introduction à la compréhension du phénomène criminel*, Privat, 1968
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre III, chapitre III : « Du principe de la démocratie », 1748
- PERELMAN Ch., *Justice et Raison*, 2<sup>e</sup> éd. Université de Bruxelles, 1972
- PRADEL J., *Droit pénal général*, CUJAS, 19<sup>e</sup> éd., Paris, 2012, p. 20
- ROUQUIE S., *L'argent illicite et les affaires*, éd. Montchrestien, 2000, collection Finance et société
- ZAGAINOVO A., *La corruption institutionnalisée : un nouveau concept issu de l'analyse du monde émergent*, Université de Grenoble, thèse, sciences économiques, soutenue 27 nov. 2012, p. 85-97
- ZIED EL AIR M., *L'infraction de corruption : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, Université des sciences sociales Toulouse 1 - DEA Sciences criminelles 2003.

**Presse**

- BOISBOUVIER Christophe, « Mali : le Boeing de la coke », *Archives, Jeune Afrique*, 26 nov. 2009
- DICKO Abdrahamane, « Lutte contre la corruption : Plusieurs dossiers ficelés au Pôle économique et financier », par *Maliweb*, 13 Oct. 2016
- KEITA Youssouf Z, « Office central de lutte contre l'enrichissement illicite : Démission en cascade avant et après la prestation de serment », *Info soir*, 1<sup>er</sup> août 2017, [www.maliweb.net](http://www.maliweb.net).
- KONE Assane, « Lutte contre l'enrichissement illicite : l'absence des décrets d'application cache mal le manque de volonté politique », *Le républicain*, du 16 janvier 2015, [www.afribone.org](http://www.afribone.org).

**Reuves**

- ABRAS J., « État de nécessité : le juge pénal à l'épreuve de la leçon du mythe de Prométhée », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009-2, p. 709-726
- BLUNDO Giorgio, « dessus de tables : La corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal », *Politique africaine*, n° 83 - octobre 2001
- BOLLE P.-H., « De quelques aspects de la criminalité organisée et de la lutte contre ICELLE », *EGUZKILORE*, n° 11, San Sebastian, déc. 1997, p. 233-247
- BOSHAB E., « La misère de la justice et la justice de la misère en République Démocratique du Congo », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998-3, p. 1164
- BYK Ch., « La force normative : une illusion tragique ? », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009-2, p. 553-555.
- CARRERO José, « La presse : corruption et libertés », *Le monde diplomatique : archive*, juin 1980, p. 22.
- CISSOUMA S. F., « La corruption : un fléau rampant nécessitant une panacée thérapeutique », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 219-241.
- CUSSON M., « Les relations paradoxales entre la pauvreté et la délinquance », *Revue cahiers de la sécurité*, n° 4, avril-juin 2008, 7 p.

- CUSSON M., « La notion de crime organisé ». Colloque ISPEC 1996, in *Problèmes actuels de sciences criminelles*, 1997, Presses universitaires d'Aix-Marseille
- DARDY D., DAS O., « Corruption – 3 questions : La nouvelle loi britannique anticorruption (UKBA) », *Revue la semaine juridique, entreprise et affaires*, n° 38, 22 sept. 2011, p. 5-6
- DELMAS-MARTY M., MANACORDA S., « La corruption, un défi d'État de droit et la société démocratique », *Rev. sc. crim*, 1997, n° 3, p. 696-706
- DUPLÉ N., « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », *L'indépendance de la justice*, nov. 2007, Dakar, Sénégal, p. 85, 2007, AHJUCAF, « hal-00498057
- HOURQUEBIE F., « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Dossier : les cahiers de la justice*, 18 mars 2012 ; v. *Id.*, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ., Coll. 2010, p. 36-37
- GODE P., « La réalisation du droit : un no man's land ? », *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1983-3, p. 523-539
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des Codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, *Presse Universitaire d'Aix-Marseille*, 2005, n° spécial, p. 2686
- LOCHAK D., « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *Revue des droits de l'homme* (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux : CREDOF), Nanterre, 2016
- MATTOUT J., « Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption : Un danger pour les entreprises françaises ? », *Revue trimestrielle LexisNexis JurisClasseur - J.D.I.*, octobre-novembre-décembre 2011, p. 887-904
- MOREAU Th., « La flexibilité dans l'exécution des peines et mesures pénales », *Université catholique de Louvain, Les XXIe journées juridiques Jean DABIN*, 8-9 déc. 2011, atelier droit pénal, 9 déc. 9h-10h30
- MOULAYE Zeïni, Amidou DIABATE Me, DOUMBIA Pr Yaya, « Gouvernance de la justice au Mali », *Fredrich Ebert/Stiftung*, nov. 2007

-NGIMBOG Laurent-Roger, « La Justice administrative à l'épreuve du phénomène de la corruption au Cameroun », *Droit et Société* 51/52-2002, p. 305

-VILMART Ch., « Les procédures alternatives aux sanctions en droit communautaire de la concurrence », *Revue la semaine juridique, entreprise et affaires*, N° 20-21, mai 2007, p. 17

### **Textes**

-Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005

-Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003

-Loi n° 2016-039/du 7 juillet 2016 sur la corruption d'agents publics étrangers

-Loi n° 2014-015/27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite

-Loi n° 2014-015/27 mai 2014 portant prévention et répression de l'enrichissement illicite

-Loi n° 03-030 du 25 août 2003 institue le vérificateur général au Mali

-Loi n° 01- 079 du 20 août 2001 portant Code pénal

-Loi n° 82-40/AN-RM du 1<sup>er</sup> avril 1982 portant répression de la corruption

-Ordonnance n° 2015-032/P-RM du 23 septembre 2015 pour création de l'Office central de lutte contre l'enrichissement illicite

-N° 6 CMLN du 13 février 1974 portant répression sur les atteintes au bien public.

-Décret n° 03-245/P-RM fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement des pôles économique et financier

-UK Bribery Act 2010 – Loi britannique sur la corruption

### **Rapports**

-Fonds monétaire international, Mali, *Rapport d'assistance technique anticorruption et lutte contre le blanchiment de capitaux*, Rapport n° 15/185, juillet 2015.

-OCDE (2018), *Le rôle des médias et du journalisme d'investigation dans la lutte contre la corruption*, [www.ocde.org/fr/corruption/lerôle-rôle-des-](http://www.ocde.org/fr/corruption/lerôle-rôle-des-)

médias-et-du-journalismes-d-investigation-dans-la-lutte-contre-la-corruption.pdf

- Rapport annuel 2014, Bureau du vérificateur général
- Rapport annuel 2015, Bureau du vérificateur général
- Rapport annuel 2017, Bureau du vérificateur général
- Rapport périodique du Mali de la commission africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs à la mise en œuvre de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 2001-2011, publié déc. 2011
- Rapport annuel sur la corruption dans le monde, Transparency International, 21 fév. 2017, <http://www.transparency.org>

**Arrêts**

- Cour de cassation française, chambre criminelle, 27 oct. 1997
- Cass. Crim., 1er déc. 1992 : Dr. pén. 1993, comm. n° 126, obs. M. Véron

**Webographie**

- [www.ocde.org](http://www.ocde.org)
- [www.transparency.org](http://www.transparency.org)
- [www.maliactu.net](http://www.maliactu.net)
- [www.afribone.org](http://www.afribone.org)
- [www.issai.org](http://www.issai.org)



## LA MISE EN ŒUVRE DES MECANISMES DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE A L'EPREUVE DU DROIT PENAL MALIEN

**Dr. Yamalou DOLO**

*enseignant chercheur à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

La justice transitionnelle (JT) est un processus qui se veut le pont entre la justice punitive traditionnelle et la politique et dont l'objet officiel est de cicatrifier des meurtrissures du tissu social par l'apaisement des tensions au sein du corps social, la réconciliation et le pardon dans les États en transition. Ce concept de justice transitionnelle est d'apparition trop récente pour qu'il puisse être inséré dans le corset d'une démarche normative. Il doit conserver toute son potentiel de créativité<sup>1</sup>. La justice constitutionnelle est une justice qui doit assurer une garantie absolue des droits fondamentaux de l'homme. Sa définition reste floue parce qu'elle se veut moins un concept rigide qu'une boîte à outils à utiliser dans différents contextes de transition<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Du 4 au 6 décembre 2006, un séminaire international sur l'état des lieux de la justice transitionnelle dans le monde francophone a eu lieu à Yaoundé (Cameroun) ; Mò Bleeker, General Editor 2007 ; p. 8

<sup>2</sup> Nour BENGHELLAB, *Des mythes aux réalités de la justice transitionnelle* (Mobekk, 2006, 2). *Catharsis thérapeutique, (re)constructions nationales et légitimation politique ; From Myths to the Realities of Transitional Justice. Therapeutic Catharsis, Nation (Re)Building and Political Legitimation ; Dossier : La justice pénale internationale en tant que projet critique ;* disponible sur le lien suivant: <https://journals.openedition.org/champpenal/9235>; *op. cit.*, p.2

La définition officielle de la justice transitionnelle est donc celle d'un processus d'opérationnalisation des solutions juridiques, politiques, psychologiques et morales visant à concilier les principes de justice, de pardon et de vérité aux fins de (re) construction nationale, donc de construction (constitution) d'États nouveaux. En bref, la justice transitionnelle est définie tant comme un processus de réparation juridique que comme un processus thérapeutique à l'échelle nationale.

Pour le professeur Maurice Kamto, la justice transitionnelle peut être envisagée comme « une justice de passage vers autre chose, vers un ailleurs stabilisé ou l'on retrouve la normalité de la justice traditionnelle dans ses logiques institutionnelles comme dans ses procédures. On pourrait presque dire que c'est une justice exceptionnelle. C'est assurément une justice spéciale, *ad hoc*, dictée par les événements, une justice qui se construit dans la douleur de la paix rompue et qui veut tourner la page.<sup>3</sup> ». Comme le dira M. Federico Borello, la justice transitionnelle montre notamment comment les sociétés répondent à l'héritage des violations des droits humains par une justice combinant la justice punitive et la justice de réparation avec l'objectif d'aboutir à la réconciliation entre les victimes et les auteurs des violations<sup>4</sup>.

Le coordonnateur du système des Nations unies au Mali a rappelé la nécessité pour le Mali de trouver une justice transitionnelle adaptée au contexte tout en respectant notamment les quatre principes fondamentaux de la justice transitionnelle : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à réparation, le droit aux garanties de non répétition des violations graves des droits de l'homme<sup>5</sup>. Le Mali a mis

---

<sup>3</sup> Voir la définition de Maurice KAMTO, « Réflexion sur la notion de justice transitionnelle » in Colloque sur la justice transitionnelle : une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable, Conference Paper 1/2011, Dealing with the past-Series, p. 25.

<sup>4</sup> Rapport du séminaire sur la contribution de la société civile dans la lutte contre l'impunité dans la région des grands lacs (*Arusha, 10-14 mars 2003*), p. 16.

<sup>5</sup> Rapport du secrétaire général de l'ONU au Conseil de sécurité : *Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la*

en place une justice transitionnelle pour la première fois à travers le décret n° 2017-0084/P-RM du 14 février 2017 portant approbation de la politique nationale de justice transitionnelle et le plan d'actions 2016-2020. Sans oublier les autres piliers de la justice transitionnelle (le droit de savoir, le droit à la justice, les réparations et les garanties de non répétition), le Mali essaie de tracer son chemin en matière de justice transitionnelle. Au Mali, la justice transitionnelle en est à sa première expérimentation<sup>6</sup>. A la différence de la justice institutionnelle, elle est particulière et circonstancielle. La mise en œuvre de la justice transitionnelle au Mali est une nécessité. Elle procède des violations graves des droits humains dans le contexte de la crise malienne de 2012 (assassinats, déplacements, viols, destruction des édifices publics et symboliques...).

Quant au droit pénal, il est la branche du droit qui définit les infractions, les classe selon leur gravité et fixe leurs sanctions. Le droit pénal doit être distingué du droit civil. Voici l'essentiel de ce qu'il faut savoir sur le droit pénal et sur quelques-unes des infractions les plus fréquentes : le vol, le harcèlement, l'escroquerie, l'abus de confiance et l'homicide. Le droit pénal est une des branches du droit. Il fixe les comportements contraires à la loi -les « infractions »- et détermine les sanctions pénales qui leur sont applicables. Pour en savoir plus, il faut lire les fiches « Infraction pénale » et « Sanction pénale »<sup>7</sup>.

L'application du droit pénal est soumise à des règles de procédure très encadrées, définies dans le Code de procédure pénale. Celui-ci fixe les règles de l'enquête et du procès pénal. Dans la procédure pénale malienne, c'est le procureur (juge du parquet) qui représente et défend les intérêts de la société. Le droit pénal concerne les rapports entre l'individu et la société dans son ensemble. Il punit les individus

---

*période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. S/2004/616, 2 août 2004, p. 7.

<sup>6</sup> Ibrahima H. DIALLO, « La justice transitionnelle au Mali : L'efficacité déjà compromise par des enjeux » ; Source : *Le Matin* ; disponible sur le lien suivant : <http://bamada.net/la-justice-transitionnelle-au-mali-lefficacite-deja-compromise-par-des-enjeux>; p. 1.

<sup>7</sup> Voir « Droit pénal: infractions et peines prévues par la loi » ; disponible sur le lien suivant : <https://www.jurifiable.com/conseil-juridique/droit-penal>

qui commettent des actes ou ont des comportements interdits par les lois votées par le législateur, représentant de la société. Le droit pénal vise à faire respecter l'ordre public et à protéger la société. C'est un droit répressif. A cet effet, le droit pénal appartient au droit public, même s'il comporte des éléments de droit privé (les victimes d'infraction peuvent demander réparation au civil).<sup>8</sup> L'article 1<sup>er</sup> du Code pénal du Mali dispose que « Les peines applicables en matière de justice au Mali se divisent en peines criminelles, peines appliquées aux délits et peines de simple police ». La « justice transitionnelle » est une combinaison de mécanismes judiciaires et non judiciaires pour affronter le passé, établir la vérité et mettre fin à l'impunité dans le but de favoriser la réconciliation nationale<sup>9</sup>. Il s'agit donc d'un organe temporaire qui a un mandat déterminé après lequel il doit produire un rapport avec des recommandations adressées au gouvernement<sup>10</sup>. Notre pays, le Mali, vit aujourd'hui un moment décisif de son histoire entre le conflit d'une part et d'autre part la perspective de l'aboutissement du processus de paix.

Cette circonstance particulière nécessite une mobilisation de tous les acteurs étatiques et non étatiques dans la mise en œuvre d'une politique orientée vers la promotion et la protection des droits de l'homme, la promotion de l'État de droit et la lutte contre l'impunité. Pour cela, il est essentiel qu'un processus de justice transitionnelle crédible, adapté à la réalité de toutes les sensibilités maliennes puisse être mis en place dans la perspective d'un véritable processus de réconciliation<sup>11</sup>. L'intérêt de ce sujet se situe à un double niveau : un intérêt théorique et pratique.

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Amara TRAORE, « Justice transitionnelle au Mali : Les victimes et la société civile au cœur du processus », source disponible sur le lien suivant : <https://niarela.net/societe/justice/justice-transitionnelle-au-mali-les-victimes-et-la-societe-civile-au-coeur-du-processus>, p. 2.

<sup>10</sup> Rapport du séminaire sur la contribution de la société dans la lutte contre l'impunité dans la région des grands lacs, (*Arusha, 10-14 mars 2003*), p. 16.

<sup>11</sup> Amara TRAORE, « Justice transitionnelle au Mali : Les victimes et la société civile au cœur du processus », *op. cit.*, p. 2.

Au plan théorique, elle comprend des mécanismes juridictionnels et non juridictionnels généralement mis en place au sein de sociétés ayant connu des conflits armés et/ou des dictatures. Elle pourrait être un instrument précieux de travail pour les acteurs de la justice transitionnelle notamment les magistrats, les avocats, les associations des victimes, les associations pour la protection des droits de l'homme, les membres de la CVJR, les représentants du système des Nations unies, la Coalition malienne des défenseurs des droits humains etc. Elle suscite des réflexions théoriques et pose des difficultés pratiques pendant cette crise.

Au plan pratique, elle entretient un lien étroit avec le droit international et le droit national. La réflexion pratique aborde les mécanismes de la justice transitionnelle sous un angle juridique tout en accordant un intérêt aux problèmes pratiques qu'ils rencontrent et à l'étude de cas. La justice transitionnelle est devenue ces dernières années un sujet de grand intérêt en raison d'une multiplication des terrains d'application. La justice transitionnelle est bel et bien en train de sévir au Mali. Alors la question que l'on se pose est de savoir : le caractère d'exception de la justice transitionnelle lui confère-t-elle une reconnaissance au regard des principes du droit pénal malien ?

Compte tenu du contexte de la crise particulière du Mali, comment rendre la justice transitionnelle efficace ou efficiente et à la fois inclusive ?

En effet, des groupes terroristes de tout genre au nord du Mali ont occupé les deux tiers du territoire national septentrional. Ils se sont adonnés à toutes les formes de violation des droits humains : exécutions sommaires, tortures, viols, mariages forcés, lapidations, flagellations, pillages, etc. qui ont eu pour conséquences les déplacements massifs des populations du Nord vers l'intérieur et l'extérieur du pays, la destruction des biens publics et privés y compris le patrimoine culturel et religieux du pays. En outre, le sud du pays a connu un coup d'Etat (le 22 mars 2012) ayant fortement mis à mal les institutions de la République en plus de nombreux cas de violations des droits humains. Depuis le début du processus de stabilisation du Mali, après la crise multidimensionnelle de 2012, la justice transitionnelle a été adoptée par les autorités nationales comme

une stratégie majeure pour la réparation et la justice, afin de contribuer à la connaissance de la vérité et au raffermissement du « vivre ensemble »<sup>12</sup>.

Tandis que sa mise en œuvre répond à de graves violations des droits humains suite à des conflits armés. Elle obéit généralement à quatre piliers. Il s'agit du droit à la justice qui suppose le droit à l'existence d'une justice ; du droit à l'existence d'une justice juste et impartiale et celui à l'exécution des décisions d'une justice juste et impartiale ; du droit des victimes de savoir la vérité ; la réparation des préjudices subis par les victimes ; la garantie de la non répétition des faits incriminés<sup>13</sup>. Si le Mali connaît de manière cyclique des crises et des conflits, c'est surtout parce qu'à chaque fois, l'on n'est pas allé au bout de ce qui pouvait être qualifié d'un début de justice transitionnelle. La justice transitionnelle implique la mise en place de plusieurs mécanismes innovants à côté des institutions classiques. La nouvelle politique nationale de justice transitionnelle (PNJT) doit désormais s'appuyer sur une vision stratégique portant sur la lutte contre l'impunité, notamment un système général de protection des témoins et des victimes et de renforcement des capacités des personnels parajudiciaires et judiciaires ainsi que des acteurs de la société civile. Ces mécanismes peuvent être tant extrajudiciaires ou encore non judiciaires qui constitue une reconnaissance de la justice transitionnelle à travers l'adoption d'une politique nationale (I) permettant de créer des conditions nécessaires pour rétablir une paix durable au Mali, que judiciaires dont l'objectif recherché d'ignorer le passé et les droits des victimes pourrait créer des ressentiments au sein de la population et de nouveaux cycles de violence, d'où la

---

<sup>12</sup> Hamady TAMBA, « Justice transitionnelle : Une nouveauté face à l'immense défi de réconciliation nationale » ; Source : *Le Reporter* ; disponible sur le lien suivant : <http://bamada.net/justice-transitionnelle-une-nouveaute-face-a-limmense-defi-de-reconciliation-nationale>; p. 1.

<sup>13</sup> Ibrahima H. DIALLO, « La justice transitionnelle au Mali : L'efficacité déjà compromise par des enjeux » ; Source : *Le Matin* ; disponible sur le lien suivant : <http://bamada.net/la-justice-transitionnelle-au-mali-lefficacite-deja-compromise-par-des-enjeux>; p.1, *op. cit.*, p. 1

fragilité de la reconnaissance de la justice transitionnelle dans le long terme (II).

### **I. Une reconnaissance de la justice transitionnelle à travers l'adoption d'une politique nationale**

Généralement la justice transitionnelle non judiciaire constitue un début de réponse qui peut ensuite être compensé par des poursuites ultérieures, voire tardives<sup>14</sup>. L'État peut envisager un mécanisme non judiciaire pour enquêter et rechercher la vérité sur la crise. Lorsque l'on veut passer d'une situation de tension comme le Mali en a connu, à une situation apaisée, il faut créer des mécanismes de transition. Au point de vue national, deux procédures d'envergure se consacrent au conflit déclenché en janvier 2012. Les procédures devant les juridictions nationales en rapport avec les dossiers dits du Nord rencontrent plusieurs défis. Or, les mécanismes judiciaires sont de plus en plus utilisés simultanément afin de parvenir à une justice plus globale et d'une plus grande portée.

Les mécanismes judiciaires généraux constituent l'ensemble des politiques de châtement dont l'acte fondateur fut la création des tribunaux militaires interalliés de Nuremberg : tribunaux pénaux internationaux, tribunaux semi internationaux, Cour pénale internationale, tribunaux nationaux. En fonction de ce qui précède, nous traiterons d'un côté la répression pénale tant nationale qu'internationale par la justice transitionnelle (A), et de l'autre côté la prise en compte des mécanismes non judiciaires, destinés à instaurer la paix et la réconciliation nationale (B).

---

<sup>14</sup> Xavier PHILIPPE, « L'actualité de la justice transitionnelle les crimes internationaux confrontés aux processus de justice transitionnelle », *Droits fondamentaux*, n° 16, janvier 2018 – décembre 2018 ; disponible en ligne sur le site suivant: [www.droits-fondamentaux.u-paris2.fr](http://www.droits-fondamentaux.u-paris2.fr); p.3.

**A. L'approbation des mécanismes judiciaires de la justice transitionnelle**

Les tribunaux maliens ont un rôle fondamental à jouer pour lutter contre l'impunité. Ils sont complémentaires aux autres mécanismes de justice transitionnelle. Plusieurs procédures judiciaires ont été intentées au Mali contre des auteurs de crimes commis au Nord. Dans certains cas, les victimes sont représentées par des avocats issus d'organisations de la société civile. Malgré tout, ces procédures judiciaires progressent très peu. Cela s'explique notamment par des conditions de sécurité précaires ainsi que par le manque de capacité et de volonté de l'État malien. La Cour pénale internationale joue aussi un rôle complémentaire à celui des tribunaux maliens pour lutter contre l'impunité. Elle n'interviendra que dans un nombre très limité de cas. Elle le fera seulement si l'État malien n'a pas la capacité ou la volonté de juger les hauts responsables des crimes les plus graves.

Or le droit international oblige les États et la communauté internationale à poursuivre les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les violations des droits de l'homme. Cette poursuite judiciaire des crimes de guerre peut intervenir au niveau national et international<sup>15</sup>. Ainsi le statut de Rome lui-même laisse ouvert la possibilité de la création de chambres locales de la CPI, pour la conduite de procès *in situ*<sup>16</sup>. Dans ce même but, les juridictions créées

---

<sup>15</sup> Sylvia SERVAES et Natascha ZUPAN, Frient : document d'orientation ; *Justice Transitionnelle & Traitement du Passé* ; p. 4.

<sup>16</sup> Les articles 62 et 4 du traité de Rome ont ainsi pu être analysés comme permettant cette délocalisation des procès de la CPI. Voir S. FORD, « The International Criminal Court and Proximity to the Scene of the Crime: Does the Rome Statute Permit all of the ICC's Trials to Take Place at Local or Regional Chambers? », *John Marshall Law Review* 2010, vol. 43, p. 715-752. Cette possibilité n'a pourtant toujours pas reçu d'avis favorable de la part des juges internationaux. Voir CPI, Ch. I, *Lubanga*, n° ICC-01/04-01/06-1311-Anx2, *Decision on Disclosure Issues, Responsibilities for Protective Measures and other Procedural Matters*, 24 avril 2008; bureau du procureur, *Bemba*, n° ICC-01/05-01/08-55, 12 octobre 2009, *Prosecution's Submission to Conduct Part of the Trial in situ.*, in Philippe FLORY, « La place de la justice internationale pénale au sein de la justice transitionnelle », Bureaux des jeunes chercheurs ; société française pour le droit international : La

à partir de la fin des années 1990 mettent l'accent sur les programmes de communication sur leurs activités et de sensibilisation (*outreach*)<sup>17</sup>, éléments dont manquaient cruellement les TPI dans les premières années de leur fonctionnement. L'idée est alors que les procès, bien que portant essentiellement sur des crimes « qui choquent la conscience de l'humanité »<sup>18</sup>, s'adressent prioritairement aux victimes<sup>19</sup>. Notre réflexion porte d'une part sur le rôle que jouent les juridictions nationales du Mali dans le cadre des poursuites judiciaires nationales (1), d'autre part sur celui de la justice internationale pénale, le cas la Cour pénale internationale (CPI) au sein de la justice transitionnelle (2).

*1. Le déclenchement des poursuites judiciaires contre les auteurs de crimes*

Enclencher des procédures judiciaires (poursuites, enquêtes, témoignages, procès, etc.) redonne aux victimes leur dignité et la reconnaissance de leurs souffrances. Les jugements rendus sur des faits prouvés confèrent aux victimes une légitimité qui les protège

---

pénalisation du droit international ; demi-journée Nanterre, 10 mars 2017 p. 6.

<sup>17</sup> Antonio Cassese note le caractère exemplaire du programme de sensibilisation du TSSL, qui servit par la suite de modèle aux autres juridictions hybrides. Voir A. CASSESE, « Report on the Spécial Court for Sierra Leone, Submitted by the indépendant Expert Antonio Cassese », 12 décembre 2006, p. 9. 23 Statut de Rome de la CPI, Préambule, in Philippe FLORY, « La place de la justice internationale pénale au sein de la justice transitionnelle », Bureaux des jeunes chercheurs ; société française pour le droit international : La pénalisation du droit international ; demi-journée Nanterre, 10 mars 2017 ; *op. cit.*, p. 6.

<sup>18</sup> Cette possibilité est prévue pour les CETC ainsi que pour la CPI. Le TSL, pour sa part, peut identifier des victimes en vue de leur permettre d'obtenir réparation devant les juridictions internes. S/RES/1757, (2007), statut du Tribunal spécial pour le Liban, art. 25, in Philippe FLORY, « La place de la justice internationale pénale au sein de la justice transitionnelle », *op. cit.*, p. 6.

<sup>19</sup> Philippe FLORY, « La place de la justice internationale pénale au sein de la justice transitionnelle », *op. cit.*, p. 6.

contre les tentatives de révisionnisme. La nécessité de conserver des preuves et de se souvenir -devoir de mémoire- a une valeur éducative inestimable, pour les populations et pour les générations futures<sup>20</sup>.

En janvier 2013, la Cour suprême du Mali a ordonné, par deux arrêts en date du 16 juillet 2012 (Cour suprême du Mali, section judiciaire, chambre criminelle, arrêt n° 46 du 16 juillet 2012 portant dessaisissement de la région de Kidal et désignation de la juridiction du tribunal de la commune III de Bamako) et celui du 21 janvier 2013 (arrêt n° 4 du 21 janvier 2013 portant dessaisissement des régions occupées et désignation de la juridiction du tribunal de la commune III de Bamako) le dessaisissement et le transfert du Tribunal de Paix de Kidal et des autres juridictions situées dans les zones touchées par le conflit armé. A été confiée au Tribunal de première instance de la commune III de Bamako, la tâche de juger les auteurs des crimes commis pendant l'occupation du nord<sup>21</sup>. Ainsi l'application de ces deux arrêts ci-dessus cités a une portée très générale, alors que l'examen de leur contenu démontre qu'ils concernent deux affaires précises pour lesquelles la commission d'enquête criminelle sur les crimes commis à Aguelhok par *Ansar Dine*, MNLA et MUJAO, du 18 au 24 janvier 2012, et le procureur général près la Cour d'appel de Mopti, agissant avec les héritiers du chef de village Hombori contre

---

<sup>20</sup> [www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf](http://www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf) « Etats orphelins » : Etats dont l'appui technique et financier de la communauté internationale est faible voire inexistant ; Référence de document n° 0 9 de l'Union Européenne : Appui à la réforme de la justice dans les pays Acp septembre 2010 ; Collection Outils et Méthodes, document de référence n° 9 ; 76.

<sup>21</sup> Relèvent de sa compétence les crimes suivants : « assassinats, meurtres, coups et blessures volontaires, amputations, flagellations, viols individuels, viols collectifs, esclavage sexuel, tortures, traitements inhumains, désertion, rébellion, crimes d'atteinte à la sûreté intérieure de l'État, prises d'otages, séquestration, vols qualifiés, extorsions de fonds, destruction d'édifices et de biens publics, de monuments publics et de lieux de culte, profanation de tombes, détention illégale d'armes à feu et de guerre, détention et consommation de drogues » ; Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH), Mali : la justice en marche, 2014 [en ligne], FIDH, [https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport\\_mali\\_2014.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport_mali_2014.pdf).

des officiers de la gendarmerie de ce village, avaient saisi la Cour suprême de justice. Mais cette requête avait été renvoyée le Tribunal de première instance de la commune III du district de Bamako<sup>22</sup>.

Il convient de rappeler que le 16 février 2015, un arrêt de la Cour suprême du Mali<sup>23</sup> a restitué aux juridictions du Nord leur compétence pour le cas des personnes accusées de crimes relevant de la compétence des deux juridictions, voire même de la compétence des tribunaux militaires. Plusieurs questions restent en suspens. Depuis, l'État malien a également mis sur pied un pôle spécialisé en matière de lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale organisée. Ce pôle est situé dans les locaux du Tribunal de première instance de la commune VI du district de Bamako. Le pôle spécialisé a pour responsabilité de juger les auteurs présumés des crimes évoqués plus haut à propos des compétences du Tribunal de première instance de la commune III de Bamako<sup>24</sup>.

Il faut signaler que ce pôle judiciaire spécialisé en matière de lutte contre le terrorisme est entré effectivement en fonction en janvier 2015. Il est composé notamment d'un parquet, de cabinets d'instruction spécialisés, d'une brigade spécialisée d'investigation et d'experts en appui du pôle dans leurs domaines de compétence. En effet, la spécificité de la brigade spécialisée est sa capacité à se déplacer et à enquêter sur l'ensemble du territoire malien, et elle a déjà effectué des missions dans les régions du nord (dans lesquelles les juges d'instruction des tribunaux 'ordinaires' de Bamako ne sont pas en mesure de se rendre)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir le rapport de la MINUSMA sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1<sup>er</sup> novembre 2013 au 31 mai 2014 ; disponible au lien suivant : [https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport\\_mali\\_2014.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport_mali_2014.pdf); *op. cit.*, p.27

<sup>23</sup> Voir la Cour suprême du Mali, section judiciaire, chambre criminelle, arrêt n° 11 du 16 février 2015 portant restitution de compétence des juridictions au Nord.

<sup>24</sup> Voir le rapport de la MINUSMA sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1<sup>er</sup> novembre 2013 au 31 mai 2014, p. 26.

<sup>25</sup> Rencontre avec le procureur du pôle judiciaire spécialisé en matière de lutte contre le terrorisme, mission judiciaire de la FIDH et de l'AMDH, octobre 2017, cité sur le rapport de l'AMDH/fidh ; Décembre 2017 / N° 706f

Ainsi au début de l'année 2015, ABA-ROLI<sup>26</sup> rapportait qu'il y avait environ deux cents dossiers dits du nord devant le Tribunal de première instance de la commune III de Bamako<sup>27</sup>. Toutefois, deux dossiers dits du Sud concernant les crimes perpétrés par la junte avancent plus rapidement. Ce premier dossier met en cause le général Amadou Haya Sanogo et ses compagnons d'armes pour leur responsabilité présumée dans l'arrestation et la disparition forcée d'une vingtaine de bérets rouges le 2 mai 2012. Le second dossier, relatif à la mutinerie du 30 septembre 2013, est quant à lui toujours en cours d'instruction. Il met également en cause le général Amadou Haya Sanogo et deux autres militaires de la junte pour leur responsabilité présumée dans la disparition forcée et l'exécution sommaire d'une vingtaine de bérets verts<sup>28</sup>.

---

Mali Face à la crise, faire le choix de la justice ; disponible au lien suivant : [https://www.fidh.org/IMG/pdf/20171208\\_rapportmali\\_justice.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/20171208_rapportmali_justice.pdf); p. 11.

<sup>26</sup> ABA-ROLI : traduit de l'anglais : l'initiative ABA sur l'Etat de droit a été créée en 2007 par l'Association des avocats américains afin de consolider ses cinq programmes d'Etat de droit à l'étranger, notamment l'initiative pour le droit européen et le système eurasiatique, créée en 1990 après la chute du mur de Berlin. L'initiative Etat de droit de l'Association du barreau américain plus connu sous son acronyme ABA ROLI se considère en position d'appui dans le domaine de l'Etat de droit et du processus de réconciliation nationale au Mali. ABA ROLI œuvre pour l'affermissement de l'Etat de droit et la défense des droits humains dans plusieurs pays au monde, et en Afrique en particulier, notamment en RDC, en Centrafrique, au Burundi, au Rwanda, au Congo Brazzaville, au Nigeria, en Guinée Conakry, en Mauritanie et au Soudan, par le truchement d'une assistance technique ainsi que le renforcement des capacités des acteurs divers évoluant dans des domaines pluridisciplinaires et utilisant des approches se fondant sur les attentes communautaires. Présente au Mali depuis septembre 2010, l'organisation œuvre dans les domaines d'intervention suivants : la lutte contre l'esclavage héréditaire, la justice transitionnelle, le renforcement de l'Etat de droit dans les instances judiciaires de proximité. FIN/AMC/AR\_fév. 17.

<sup>27</sup> Stratégie de justice transitionnelle au Mali, *supra* ; réunion entre les organisations de la société civile malienne (20/03/2015).

<sup>28</sup> Malijaw, « Bientôt le procès de Haya et compagnons : seuls les bérets verts croupissent en prison, 2015 », [en ligne], Malijaw, <http://www.malijaw.net/actualites/13-presse-locale/2148-bientot-le-proces-de-haya-et-compagnons-seuls-les-berets-verts-croupissent-en-prison>

A ce jour, le Tribunal de première instance de la commune III de Bamako n'a pas suffisamment avancé dans le traitement des dossiers qui lui ont été confiés. De même, le traitement de certains dossiers pour lesquels les victimes ont porté plainte, particulièrement les dossiers datant de la période de crise, n'ont guère progressé. Les autorités judiciaires ont invoqué le manque des moyens et l'insécurité pour expliquer leurs difficultés à mener à bien les enquêtes<sup>29</sup>. L'éloignement entre les juridictions en charge des dossiers du nord, qui étaient basées à Bamako, et les victimes et les lieux où ont été commis les crimes représentent un obstacle majeur pour la justice malienne.

#### *2. La condamnation des auteurs de crimes pendant la crise*

Mettre en action la justice pénale internationale favorise le développement de mécanismes nationaux novateurs<sup>30</sup>. Le 18 juillet 2012, le gouvernement de transition saisit la Cour pénale internationale (CPI) sur les crimes perpétrés au nord du pays par les groupes armés<sup>31</sup>. Le Mali a ratifié le statut de la CPI dès le 16 août 2000. Les autorités de transition ont saisi la Cour pénale internationale (CPI), le 13 juillet 2012 lui demandant d'enquêter sur les crimes commis sur le territoire malien depuis janvier 2012. Ainsi dans une lettre adressée à la CPI, le ministre de la Justice et garde des Sceaux de l'époque, le Dr. Malick Coulibaly, énumérait les violations graves et massives des droits de l'homme : « les exécutions sommaires des

---

<sup>29</sup> *Idem, op. cit.*, p. 27.

<sup>30</sup> [www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf](http://www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf) « Etats orphelins » : Etats dont l'appui technique et financier de la part de la communauté internationale est faible voire inexistant ; référence de document n 0 9 de l'Union Européenne : Appui à la réforme de la justice dans les pays Acp Septembre 2010 ; Collection Outils et Méthodes Document de référence n° 9 ; 76.

<sup>31</sup> Cf. communiqué de presse de la FIDH et de l'AMDH en date du 18 juillet 2012 : le Mali saisit le procureur de la CPI, disponible sur le lien suivant : <http://www.fidh.org/fr/afrique/mali/Le-Mali-saisit-le-Procureur-de-la-11975> ; Voir le rapport de l'AMDH : « Mali la justice en marche : Analyse des procédures judiciaires portant sur des graves violations des droits humains commises depuis 2012 », p. 12.

soldats de l'armée malienne, les viols des jeunes femmes et filles, les massacres des populations civiles, l'enrôlement d'enfants soldats, les tortures, les pillages généralisés des biens appartenant aussi bien à l'Etat qu'aux particuliers, les disparitions forcées, la destruction des symboles de l'Etat... ».

Cependant, le 16 janvier 2013, le procureur de la CPI, Mme Fatou Bensouda, annonce l'ouverture d'une enquête considérant que la demande du Mali et la nature des crimes perpétrés relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale<sup>32</sup>. Depuis lors, le bureau du procureur (BdP) mène ses enquêtes de façon confidentielle. Un des enjeux de l'action de la CPI au Mali est sans conteste la complémentarité des poursuites judiciaires menées par la justice malienne et de celles menées par la CPI. En effet, la responsabilité principale de juger incombe en premier lieu aux autorités judiciaires maliennes. Pourtant, ce n'est que dans l'hypothèse où les juridictions maliennes manqueraient de volonté ou de capacité de juger les responsables des crimes internationaux commis dans le pays que la CPI pourrait ouvrir une affaire, en vertu du principe de complémentarité. Dans ce contexte, le bureau du procureur (BdP) et les autorités maliennes devraient garantir un dialogue effectif entre les institutions judiciaires maliennes et la CPI pour assurer que le plus grand nombre de victimes ait un recours effectif à la justice<sup>33</sup>.

En termes de procédures pénales internationales en cours, il convient de rappeler que la CPI a été saisie par le Mali en 2012. Le 16 janvier 2013, le bureau du procureur de la CPI a rendu un rapport dans lequel il décide d'ouvrir une enquête sur la situation au Mali<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Cf. communiqué de la FIDH et de l'AMDH en date du 16 janvier 2013 : La FIDH et l'AMDH saluent l'ouverture de l'enquête de la Cour pénale internationale sur le Mali, disponible au lien suivant : <http://www.fidh.org/fr/afrique/mali/mali-mali-cpi/La-FIDH-et-l-AMDH-saluent-l-12741>; Voir le rapport de l'AMDH : « Mali la justice en marche... »

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> CPI; bureau du procureur, deuxième situation en République centrafricaine : Rapport établi au titre de l'article 53-1 du statut, 2014, [en ligne], Cour pénale internationale, [https://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%)

En janvier 2014, une conférence de mise en état a eu lieu dans le cadre d'une audience à huis clos<sup>35</sup>. Le 16 mars 2015, la présidence de la CPI a assigné la situation au Mali à la chambre préliminaire I<sup>36</sup>. Selon les informations recueillies lors des entretiens, la CPI mène des enquêtes et travaille discrètement au Mali<sup>37</sup>. Le 18 septembre 2015, elle a émis un mandat d'arrêt contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi<sup>38</sup> pour sa participation aux attaques contre des bâtiments consacrés à la religion et des monuments historiques à Tombouctou entre le 30 juin 2012 et le 10 juillet 2012<sup>39</sup>, et a fixé provisoirement l'ouverture de l'audience de confirmation des charges au 18 janvier 2016. C'est ainsi que le 22 août 2016 à l'ouverture de son procès, presque sans surprise, Al Mahadi a plaidé coupable des crimes de guerre consistant en la destruction de monuments à caractère historique et religieux à Tombouctou prévu à l'article 8-2-e-iv du statut de la CPI<sup>40</sup>, condamné à neuf années de prison le 28 septembre 2016, le procès de celui qu'on surnomme Abou Tourab, a donné lieu à plusieurs commentaires.

---

[20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/](#)

[Documents/Art\\_53\\_1\\_Report\\_CAR\\_II\\_24Sept14\\_FRA.pdf](#)

<sup>35</sup> CPI, Conférence de mise en état (audience à huis clos); document ICC-01/12-T-1-Red-FRA WT 21-01-2014 1-1 SZ PT, 2014, [en ligne] Cour pénale internationale, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1803865.pdf>

<sup>36</sup> CPI, Decision on the constitution of Pre-Trial Chambers and on the Assignment of the Mali Situation; document no ICC-Pres-02-15, 2014, [en ligne], Cour pénale internationale, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1943973.pdf>

<sup>37</sup> Voir le document lors des réunions avec des organisations de la société civile malienne (20/04/2015) et (23/04/2015) (27/04/2015) (28/04/2015), Mali.

<sup>38</sup> Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (28 septembre 2015), version publique expurgée du mandat d'arrêt, chambre préliminaire I, en ligne sur le lien suivant : <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc2068383.pdf>

<sup>39</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *supra* note 87.

<sup>40</sup> Le procès a duré 3 jours. CPI, Chambre de première instance VIII, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahadi*, « *Al Mahadi*, Jugement portant condamnation », n° ICC-01/12-01/15, 27 septembre 2015, par. 7 [*Al Mahadi, Jugement portant condamnation*], cité par Émile OUEDRAOGO : *Le procès Al Mahadi ou de Tombouctou à la Haye: tout chemin mène à Scheveningen*, p. 72.

Le 14 avril 2018, le djihadiste malien Mohamed Abdelaziz Al Hassan a comparu pour la première fois devant la Cour pénale internationale (CPI), où il est poursuivi pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis lors de l'occupation de Tombouctou en 2012 et 2013, et d'être responsable de viol et d'esclavage sexuel commis dans le contexte de mariages forcés. Même si la CPI décide de poursuivre plusieurs individus, elle ne pourra pas le faire pour toutes les personnes accusées d'avoir commis des crimes relevant de sa compétence<sup>41</sup>. Donc la justice malienne devra donc elle aussi poursuivre et juger, et ce, en vertu du principe de complémentarité. A cet effet, lors de la première session de la Cour d'assises de Bamako au titre de l'année 2016, qui a débuté le 2 mai, après avoir condamné à la prison à vie le terroriste Ag Wadoussène, pourtant annoncé mort par la force Serval et le gouvernement malien, la Cour vient de condamner à mort plusieurs détenus officiellement libérés par le Mali dans le cadre des accords de paix signés avec la rébellion touarègue. La Cour, constatant que les accusés ne comparaissent pas malgré la présence, dans leur dossier, de la mention « détenus », a estimé devoir prononcer ses condamnations puisque la libération des « détenus » ne fait pas suite à une décision de justice versée au dossier de la procédure. Le représentant du ministère public a conforté la Cour dans cette logique en soulignant que les services du parquet général de Bamako n'ont pas été officiellement tenus au courant des libérations intervenues. Ainsi, pour onze affaires enrôlées impliquant une soixantaine d'accusés, moins de dix des accusés ont comparu à la barre des assises. Les autres n'ont pas daigné le faire, ayant obtenu leur liberté en vertu de réclamations politiques et d'échanges de prisonniers intervenus entre l'Etat malien et les groupes rebelles du nord-Mali.

---

<sup>41</sup> Réunions avec des organisations de la société civile malienne (22/04/2015) (29/04/2015), Mali et 23/04/2015) (27/04/2015) (28/04/2015), Mali.

**B. La prise en compte des mécanismes non judiciaires de la justice transitionnelle**

Le 15 janvier 2014, le conseil des ministres a adopté une ordonnance portant création de la CVJR et un décret fixant l'organisation et les modalités de son fonctionnement. Le 20 mars 2014, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi de ratification de l'ordonnance, sans apporter de modification sur le fond du texte. Un décret d'application est attendu pour remplacer l'actuel décret du 15 janvier 2014 ainsi que pour nommer les membres de la CVJR<sup>42</sup>. L'ordonnance n° 2014-003 du 15 janvier 2014 portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation (CVJR) au Mali, selon l'article 1<sup>er</sup> et pour une durée de trois ans.

Au terme de l'article 2, la CVJR a pour mission de contribuer à l'instauration d'une paix durable à travers la recherche de la vérité, la réconciliation et la consolidation de l'unité nationale et des valeurs démocratiques. Ainsi l'article 3 détermine que les travaux de la Commission vérité, justice et réconciliation couvrent la période qui s'étend de 1960-2013 et portent sur l'ensemble des causes des conflits ayant affecté le nord du pays. Nous aborderons dans en premier le rôle de la C.V.J.R. au Mali (1), en *secondo* la prise en compte de la participation de la société civile dans le processus de la justice transitionnelle (2).

*1. La mise en place de la Commission vérité, justice et réconciliation (C.V.J.R.)*

A la suite d'une ordonnance n° 2014-003 du 15 janvier 2014 portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation (CVJR) à la suite des difficultés rencontrées par la Commission dialogue et réconciliation (CDR) créée en 2013<sup>43</sup>. Ainsi la CDR avait fait l'objet de

---

<sup>42</sup> Voir le rapport de la MINUSMA sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1er novembre 2013 au 31 mai 2014 ; disponible au lien suivant : [https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport\\_mali\\_2014.pdf](https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport_mali_2014.pdf) ; *op. cit.*, p. 29.

<sup>43</sup> Contrairement à la défunte CDR, qui semblait plus orientée vers le dialogue politique, le mandat de la CVJR inclut les enquêtes et la recherche de la vérité sur les violations graves des droits de l'homme et du droit international

critiques relatives à son indépendance et son efficacité, et sa crédibilité avait été remise en question par certains observateurs<sup>44</sup>. Car c'est sans doute pour cette raison que dès décembre 2013, le gouvernement malien envisage la création d'une nouvelle commission<sup>45</sup>. Au terme de l'article 1<sup>er</sup> de cette ordonnance, il est créé, pour une durée de trois ans, une Commission vérité, justice et réconciliation. Cependant les autorités maliennes décident de la mise en place d'une nouvelle commission en 2014 et adoptent deux textes principaux à cet égard. Ensuite, l'ordonnance du 15 janvier 2014 porte création de la CVJR. La CVJR a élaboré récemment deux documents majeurs : la première porte sur la stratégie d'intervention 2016-2018 et le règlement intérieur et le second est relatif au plan d'action (2016-2018) et le programme d'activités 2016. C'est pourquoi le projet d'accord d'Alger, dans sa version de février 2015, insiste sur la « mise en place de mécanismes de justice transitionnelle notamment par l'opérationnalisation de la Commission Vérité, Justice et Réconciliation »<sup>46</sup>.

---

humanitaire et atteintes aux biens culturels commises sur toute l'étendue du territoire du Mali depuis l'indépendance en 1960 et pas seulement dans le cadre du conflit de janvier 2012, comme c'était le cas pour la CDR.

<sup>44</sup> Mission multidimensionnelle intégrée des Nations unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA), Rapport sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1<sup>er</sup> novembre 2013 au 31 mai 2014, 2015, [en ligne], MINUSMA.[https://minusma.unmissions.org/sites/default/files/rapport\\_hrd.pdf](https://minusma.unmissions.org/sites/default/files/rapport_hrd.pdf); American Bar Association Rule of Law Initiative, Stratégie de justice transitionnelle au Mali : Analyses découlant des observations et réflexions des structures communautaires et de la société civile, 2015, [en ligne], ABA-ROLI,

<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mali/mali-transitional-justice-strategy-0215-fr.authcheckdam.pdf>.

<sup>45</sup> American Bar Association, Stratégie de justice transitionnelle au Mali, 2015 [en ligne] ABA-ROLI, <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/roli/mali/mali-transitional-justice-strategy-0215-fr.authcheckdam.pdf>

<sup>46</sup> Accord d'Alger, article 46 qui dispose que « Les Parties conviennent de promouvoir une véritable réconciliation nationale fondée sur les éléments ci-après : // - élaboration d'une Charte nationale pour la paix, l'unité et la réconciliation nationale ; // - mise en place de mécanismes de justice

Or, l'opérationnalisation de la CVJR s'est graduellement faite, notamment via la nomination du secrétaire général de la CVJR par décret du premier ministre le 9 juin 2014<sup>47</sup>. Le président de la CVJR a ensuite été nommé plus d'un an plus tard, le 3 août 2015<sup>48</sup>. La nomination des quatorze autres commissaires a, quant à elle, eu lieu le 14 octobre 2015. Dès lors, la Commission est composée de quinze membres<sup>49</sup> dont un président et deux vice-présidents. Alors que l'ordonnance et le décret du 15 janvier 2014 prévoient que les membres de la CVJR sont nommés par un décret pris en conseil des

---

transitionnelle notamment par l'opérationnalisation de la Commission Vérité, Justice et Réconciliation (CVJR) ; // - création d'une Commission de lutte contre la corruption et la délinquance financière ; // - création d'une Commission d'enquête internationale chargée de faire la lumière sur tous les crimes de guerre, les crimes contre l'Humanité, les crimes de génocide, les crimes sexuels et les autres violations graves du droit international, des droits de l'homme et du droit international humanitaire sur tout le territoire malien ; // - valorisation du statut des autorités traditionnelles à travers leur prise en charge et la prise en compte dans les règles de protocole et de préséance ». ; disponible sur le lien suivant : [https://www.google.com/search?source=hp&ei=2ENoXKLwA9Hggwejvpz4Bg&q=Accord+d%E2%80%99Alger%2C+article+46%2C+supra+note+2.&btnK=Recherche+Google&oq=Accord+d%E2%80%99Alger%2C+article+46%2C+supra+note+2.&gs\\_l=psy-ab.3..33i160l3.3995.3995..5017...0.0..0.547.547.5-1.....0....2j1..gws-wiz.PMz7HBl7kU](https://www.google.com/search?source=hp&ei=2ENoXKLwA9Hggwejvpz4Bg&q=Accord+d%E2%80%99Alger%2C+article+46%2C+supra+note+2.&btnK=Recherche+Google&oq=Accord+d%E2%80%99Alger%2C+article+46%2C+supra+note+2.&gs_l=psy-ab.3..33i160l3.3995.3995..5017...0.0..0.547.547.5-1.....0....2j1..gws-wiz.PMz7HBl7kU)

<sup>47</sup> Mali, décret n° 2014-0412/PM-RM, 9 juin 2014, concernant la nomination du secrétaire général de la Commission vérité, justice et réconciliation.

<sup>48</sup> Malijet, Communiqué du conseil des ministres du lundi 3 août 2015, 2015 [en ligne], Malijet, voir sur le lien suivant : <http://malijet.com/actualite-politique-au-mali/conseil-des-ministres-du-mali/133915-communique-du-conseil-des-ministres-du-lundi-03-aout-2015.htm>

<sup>49</sup> Décret n° 2014-0013/P-RM du 15 janvier portant organisation et modalités de fonctionnement de la Commission vérité, justice et réconciliation, article 2, *supra* note 23 ; ordonnance no 2014-003/P-RM, article , *supra* note 23 *op. cit.*, disponible sur le lien suivant : [https://www.google.com/search?ei=Ak5oXIqhNqmrgej1p3ICQ&q=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&oq=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&gs\\_l=psy-ab.3...13054.14401..15989...0.0..0.335.877.21j2.....0....1..gws-wiz.Zd50KIyTrXg](https://www.google.com/search?ei=Ak5oXIqhNqmrgej1p3ICQ&q=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&oq=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&gs_l=psy-ab.3...13054.14401..15989...0.0..0.335.877.21j2.....0....1..gws-wiz.Zd50KIyTrXg)

ministres<sup>50</sup> sur proposition du ministre de la Réconciliation nationale et du Développement des régions du nord<sup>51</sup>. Ainsi la même procédure s'applique à la désignation du président et des deux vice-présidents de la CVJR. Par ailleurs, le décret du 15 janvier 2014 prévoit que la CVJR est composée de quatre organes à savoir l'Assemblée plénière<sup>52</sup> ; le comité exécutif<sup>53</sup> ; le secrétariat général<sup>54</sup> et les groupes de travail<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> *Idem*, article 4, *supra* note 21.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> L'Assemblée plénière : elle regroupe tous les membres de la CVJR et « constitue l'organe d'orientation et de décision ».

<sup>53</sup> Le Comité exécutif : il est composé du président de la Commission, de ses deux vice-présidents, du secrétaire général et des membres de la Commission responsables des groupes de travail. Ce comité « exécute les décisions de l'Assemblée plénière et veille au bon fonctionnement de la Commission ». Voir le décret n° 2014-0013/P-RM du 15 janvier portant organisation et modalités de fonctionnement de la Commission vérité, justice et réconciliation, article 2, *supra* note 23; Ordonnance no 2014-003/P-RM, article *op. cit.*, disponible sur le lien suivant : [supra note 23](https://www.google.com/search?ei=Ak5oXIqhNqmrqwej1p3ICQ&q=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&oq=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&gs_l=psy-ab.3...13054.14401..15989...0.0..0.335.877.21j2.....0....1..gws-wiz.Zd50KIyTrXg ;)

<sup>54</sup> Le secrétariat général : il s'agit d'un organe dont le chef, le secrétaire général, n'est pas membre « commissaire », de la CVJR. Le secrétariat général joue un rôle d'assistance du président en matière administrative et financière<sup>54</sup>. Si le secrétaire général est nommé par le premier ministre sur proposition du ministre chargé de la Réconciliation nationale et du Développement du nord, la composition, l'organisation et le fonctionnement du secrétariat sont, quant à eux, fixés par arrêté de ce ministre. Depuis sa nomination, le secrétariat de la CVJR prépare notamment le terrain pour le travail futur de la commission, reçoit les « documentations » de violations qui lui sont transmises, participe à des formations et des retraites de réflexion.

<sup>55</sup> Les groupes de travail : il s'agit de groupes ayant pour fonction de travailler sur des thématiques spécifiques et dont la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement sont, sur proposition du président de la CVJR, fixées par arrêté du ministre de la Réconciliation nationale. Le décret en crée sept (7) groupe de travail : // (1) Le groupe de travail chargé des investigations sur les violations graves, individuelles et collectives des droits de l'homme : // (2) Le groupe de travail chargé de la réconciliation, de l'établissement de la confiance intra et intercommunautaire

En tout de cause, pendant les entretiens, des interlocuteurs ont indiqué que les nominations ont été suspendues à la signature de l'accord d'Alger par les groupes armés<sup>56</sup>. Ainsi, la durée du mandat de la CVJR est de trois ans, conformément à l'article 1<sup>er</sup> de N°2014-003 du 15 janvier 2014 portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation (CVJR) au Mali dont la possibilité de renouvellement de mandat n'est pas expressément mentionnée. La CVJR n'est pas une juridiction mais un organe complémentaire au système judiciaire dans le cadre de la justice transitionnelle. A cet égard, la période couverte par les travaux de la CVJR s'étend désormais de 1960 à 2013 et pas seulement dans le cadre du conflit de janvier 2012, comme c'était le cas pour la CDR. Elle a pour mission de « contribuer à l'instauration d'une paix durable à travers la recherche de la vérité, la réconciliation et la consolidation de l'unité nationale et des valeurs démocratiques »<sup>57</sup>.

---

et entre l'État et les populations ; // (3) Le groupe de travail chargé de la réparation des préjudices corporels, moraux et matériels, et notamment ceux commis sur le patrimonial culturel ; // (4) Le groupe de travail chargé spécialement de la recherche de la vérité, des investigations sur les violations graves, individuelles et collectives des droits de l'homme ; // (5) Le groupe de travail chargé du retour et de la réinsertion sociale des personnes réfugiées et déplacées ; // (6) Le groupe de travail chargé des études et de la documentation ; // (7) Le groupe de travail chargé de la préservation de la mémoire et de la réparation de préjudices causés au patrimoine culturel. Voir le décret n° 2014-0013/P-RM du 15 janvier portant organisation et modalités de fonctionnement de la Commission vérité, justice et réconciliation, article 2, *supra* ; ordonnance n° 2014-003/P-RM, article *supra, op. cit.*, disponible sur le lien suivant :

[https://www.google.com/search?ei=Ak5oXIqhNqmrgej1p3ICQ&q=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&oq=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&gs\\_l=psy-ab.3...13054.14401..15989...0.0..0.335.877.21j2.....0....1..gws-wiz.Zd50KIyTrXg](https://www.google.com/search?ei=Ak5oXIqhNqmrgej1p3ICQ&q=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&oq=D%C3%A9cret+no+2014-0013%2FP-RM&gs_l=psy-ab.3...13054.14401..15989...0.0..0.335.877.21j2.....0....1..gws-wiz.Zd50KIyTrXg) ; article 9 et 10, *supra*.

<sup>56</sup> Réunion avec une organisation de la société civile malienne (21/04/2015), et 23/04/2015) (27/04/2015) (28/04/2015), Mali.

<sup>57</sup> Afin d'accomplir cette mission, la CVJR est chargée de : // 1-enquêter sur les cas de violations graves des droits de l'Homme individuelles et/ou collectives commises dans le pays et, spécifiquement celles commises à l'égard des femmes et des enfants ; // 2-mener des enquêtes sur les cas

Etant donné que la CVJR examine également « l'ensemble des causes des conflits ayant affecté le nord du pays »<sup>58</sup>. Elle a donc un rôle d'enquête, de dialogue, de promotion de la réconciliation et de la paix, et de recommandations. Le plan d'action du ministère de la Réconciliation nationale laisse d'ailleurs entendre que le rôle de la CVJR en matière de consolidation de la paix et de réconciliation nationale sera important<sup>59</sup>. Pour cela que la coopération entre la CVJR et les juridictions nationales ainsi que la CPI n'a pas été définie dans le texte constitutif de la CVJR, ce qui peut constituer une entrave à la nécessaire complémentarité de ces différents mécanismes.<sup>60</sup>

*2. La participation de la société civile dans le processus de la justice transitionnelle*

La société civile est aujourd'hui considérée comme un acteur incontournable de la gouvernance publique au Mali. A cet effet, l'implication et l'apport de la société civile dans les processus de mise en œuvre des différentes réformes politiques et institutionnelles et dans le dialogue politique demeurent de plus en plus un indicateur de la vitalité de la démocratie malienne<sup>61</sup>.

---

d'atteinte à la mémoire individuelle et/ou collective et au patrimoine culturel ; // 3-établir la vérité sur les violations graves des droits de l'Homme et les atteintes aux biens culturels ci-dessus citées, en situer les responsabilités et proposer des mesures de réparation ou de restauration ; // 4-favoriser le dialogue intra et intercommunautaire, la coexistence pacifique entre les populations et le dialogue entre l'État et les populations ; // 5-promouvoir auprès des communautés le respect de l'État de droit, des valeurs républicaines, démocratiques, socioculturelles et du droit à la différence ; // 6-faire des recommandations dans le domaine de la prévention des conflits.

<sup>58</sup> Ordonnance n° 2014-003/P-RM portant création de la Commission vérité, justice et réconciliation article 3, supra note 22

<sup>59</sup> Stratégie et plan d'actions triennal de la Réconciliation nationale, ministère de la Réconciliation nationale, septembre 2014, p. 5.

<sup>60</sup> Voir le rapport de la MINUSMA sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1er novembre 2013 au 31 mai 2014 ; *op. cit.*, p. 29.

<sup>61</sup> Naffet KEITA, « L'Accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger », p. 31.

La division des droits de l'homme a apporté un appui multiforme aux organisations de la société civile malienne. Entre juillet 2013 et fin mai 2014, une soixantaine de leaders d'organisations non gouvernementales en provenance de toutes les régions du Mali ont été formés à la surveillance des violations des droits de l'homme durant la période électorale. Ces formations ont été organisées en collaboration avec le ministère de la Justice et des droits de l'homme, le programme conjoint des Nations unies pour la promotion des droits de l'homme (P.D.H) et le programme des Nations unies pour le développement. Suite à celles-ci, les organisations participantes ont créé un réseau pour la surveillance des droits de l'homme pendant les élections présidentielles et législatives. Ce réseau a permis de couvrir tout le territoire national et de surveiller la situation des droits de l'homme en temps réel.

De manière générale, la société civile est un partenaire privilégié de la division des droits de l'homme de la MINUSMA. A cet égard de nombreuses réunions de travail ont été organisées avec des membres de la société civile sur diverses thématiques tendant notamment à souligner leur rôle en période de conflit. Outre ces réunions, la division des droits de l'homme collabore avec la société civile dans le cadre du Cluster Protection qui est un forum d'échange entre acteurs agissant dans le domaine de promotion et de protection des droits de l'homme. En avril 2014, dans le but de renforcer les connaissances de diverses entités dont les organisations non-gouvernementales en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire, la division des droits de l'homme a conduit dix sessions de formations dont trois spécifiquement consacrée à 21 membres de la société civile de différents pays tels que la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso, le Mali, le Benin et le Niger.

Cette formation a porté sur la sensibilisation au droit international des droits de l'homme et sur la protection des personnes civiles pendant les conflits armés<sup>62</sup>. Plusieurs associations ou organisations des droits de l'homme ont participé à la recherche de la réconciliation

---

<sup>62</sup> Voir le rapport de la MINUSMA sur la situation des droits de l'homme au Mali du 1<sup>er</sup> novembre 2013 au 31 mai 2014 ; *op. cit.*, p. 34.

et de la paix durable en menant des actions de formations ou de sensibilisation à l'endroit de la société civile dans le cadre de la justice transitionnelle. Les organisations de la société civile assurent le portage de la justice transitionnelle par la synergie, la coordination et la complémentarité dans sa mise en œuvre quotidienne.

Agissant du côté de la société civile, deux bassins d'avocats ont été créés pour représenter les victimes. Le premier bassin est le Groupe d'action judiciaire (GAJ) de la FIDH et de l'Association malienne des droits de l'homme (AMDH) qui s'est déjà constituée partie civile aux côtés des victimes notamment dans les affaires suivantes : 1) l'affaire dite des bérets rouges disparus ; 2) l'affaire de la mutinerie du 30 septembre 2013 ; la Coordination nationale des Associations des victimes de la crise malienne (CNAV) et les Bureaux d'aide juridique et d'assistance judiciaire (BAJJ) et les organisations de la société civile, (OSC) à travers le projet JUPREC<sup>63</sup>. Le second bassin a été formé par un collectif de six organisations de la société civile (FIDH ; l'Association droits de l'homme au quotidien (D.H.Q) ; l'Association malienne des droits de l'homme (AMDH), Women in Law and development in Africa (WILDAF), DEMESO, Cri du Coeur, Association des juristes maliennes (AJM)) pour représenter spécifiquement quatre-vingts victimes de violences sexuelles<sup>64</sup>. Les avocats de ce bassin représentent aussi trente-trois victimes de Tombouctou mettant en cause quinze auteurs présumés de crimes contre l'humanité et crimes de guerre (actes de tortures, viols et violences sexuelles, privations de liberté) commis durant l'occupation<sup>65</sup>. Les organisations de la société civile malienne œuvrant dans les domaines des droits humains ont été identifiées et regroupées en Réseau des défenseurs des droits humains (RDDH) par Freedom House pour établir une base de données sur les graves cas de

---

<sup>63</sup> Justice, prévention, réconciliation (JUPREC) a officiellement été lancé au Mali à Bamako le 14 juillet 2015. Le consortium composé d'avocats sans frontières Canada (ASFC), du Centre d'étude et de coopération internationale (CECI) et de l'École nationale d'administration publique du Québec (ENAP).

<sup>64</sup> Réunion avec une organisation de la société civile malienne (20/03/2015), et 23/04/2015) (27/04/2015) (28/04/2015), Mali.

<sup>65</sup> *Idem*.

violations des droits humains afin d'assister les victimes et les organisations de défense des droits de l'homme de lutter contre l'impunité, gage d'un processus de réconciliation nationale apaisé et réussi.

## **II. La fragilité de la reconnaissance de la justice transitionnelle dans le long terme**

Depuis son indépendance en 1960, le Mali a vécu plusieurs rébellions et périodes d'instabilité. Toutefois, le coup d'Etat du 22 mars à Bamako, la capitale du Mali, a affaibli une armée déjà fragilisée par les défaites de Ménaka et Tessalit deux mois plus tôt, et a également mis au grand jour la fragilité de l'État malien ainsi que les problèmes sociétaux et structurels du pays<sup>66</sup>. Or la crise malienne de 2012 est celle d'un État en déliquescence, vulnérable à un coup d'État militaire, alors que l'armée s'était montrée incapable de rétablir l'ordre dans le pays. Mais au-delà du Mali, la crise se joue à une échelle régionale. En revanche, tous les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis dans le cadre du conflit du nord du Mali par les groupes armés demeurent largement impunis ou manque de répression contre les auteurs de crimes. Nous étudierons successivement d'une part le constat de l'impunité (A), et d'autre part l'absence de répression (B).

### **A. Le constat d'une impunité**

Dans la justice transitionnelle, la règle de droit doit être contrôlée et sanctionnée par les juridictions nationales, car c'est un devoir pour tout état de reconnaître sa responsabilité première d'exercer sa compétence pénale, civile et administrative car l'accès aux éléments de preuve et aux témoins lui est plus facile<sup>67</sup>. Elle est un processus qui se

---

<sup>66</sup> <https://www.swisspeace.ch/apropos/quels-sont-les-defis-majeurs-lavis-de-la-population-malienne/?lang=fr>; p.1

<sup>67</sup> Anoman Jérôme, procureur général, « L'État de droit et la justice transitionnelle dans les États sortant d'un conflit ou en situation de fragilité », p. 3.

veut le pont entre la justice punitive traditionnelle et le politique et dont l'objet officiel est de cicatrifier des meurtrissures du tissu social par l'apaisement des tensions au sein du corps social, par la réconciliation et le pardon dans les États en transition. La particularité de cette approche est de donner plus de chance à la réconciliation en refusant de se focaliser sur les mécanismes juridiques. Elle œuvre également en faveur du processus de réconciliation nationale et se fixe notamment pour but de réaffirmer la légitimité du nouvel État et la prévention de la répétition de ces violations<sup>68</sup>. Le constat repose sur l'impuissance des États et de la communauté internationale à mener des poursuites pénales satisfaisantes et suffisamment larges pour être significatives : très souvent les procès, lorsqu'ils ont lieu, se limitent à quelques figures emblématiques et ne débouchent pas toujours sur les résultats escomptés. Le postulat en termes de justice consiste à inverser le point focal de la justice : alors que la justice pénale est centrée sur la punition des auteurs de crimes, la justice transitionnelle est focalisée sur les réponses apportées aux victimes. Elle fait partie de la justice restauratrice (*restorative justice*) développée notamment dans le cadre de la psychologie sociale<sup>69</sup>. Là on constate une rupture considérable entre la justice transitionnelle et la justice pénale au Mali.

En tout état de cause, les rebelles touaregs séparatistes, les groupes islamistes armés, la CMA et les milices qui ont pris le contrôle du nord du Mali en avril 2012 et du centre ont commis de nombreux crimes de guerre, notamment le viol, l'utilisation d'enfants soldats et le pillage d'hôpitaux, d'écoles, d'organismes d'aide et d'édifices gouvernementaux, doivent recevoir tout naturellement des sanctions sévères venant soit de l'Etat malien ou de la communauté internationale. Selon le Dr. Daniel Tessougue, procureur général près de la Cour d'appel de Bamako, les mandats d'arrêt lancés, le 8 février 2013, contre 28 chefs rebelles pour faits d'assassinats, de crimes de guerre, de trahison, d'incendies volontaires, de viols, de trafics de

---

<sup>68</sup> Voir le document de l'Université d'été : *Justice transitionnelle et mémoire, Le plus grand mal à part l'injustice est l'impunité*, Aix-en Provence du 6-12 juillet 2015, p. 2.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

drogue, d'armes, etc. Il s'agit, entre autres, des leaders indépendantistes, islamistes et terroristes suivants: Iyad Ag Ghali, chef du groupe islamiste Ansar Dine; Algabass Ag Intallah (fils aîné du patriarche de Kidal), Hamada Ag Bibi, Cheick Ag Haoussa, Sultan OuldBadi, Hamada Ag Hama alias Abdelkrim El Targui (un émir d'AQMI), Oumar OuldHamaha, Sidi Mohamed Ould Bounama dit Senda Ould Bounama (ex-gouverneur islamique de Tombouctou), Chérif Ould Attaher dit Chérif Ould Tahar, Abdrahamane Ould El Amr alias Hamed El Tlemci, Aliou Mahamane Touré (ancien chef de la police islamique de Gao), Bilal Ag Acherif (président du MNLA), Mohamed Djery (vice-président du MNLA), Mohamed Ag Najim (chef de l'état-major militaire du MNLA), Hama Ag Mossa, Deti Ag Sidimou, Ibrahim Ag Mohamed Assaleh, Iglass Ag Hussein, Baye Ag Diknane, Abdallah Ag El Bakaye, Mossa Ag Assarid (porte-parole du MNLA), Mahdi Ag Bohada, Mohamed Ould Hamed Beyan dit Mohamed Oudi, Dina Ould Daya, Mohamed OuldSidati, Baba Ould Cheick, Mohamed Ould Wenat et Adinady Ag Abdallah. A notre avis ces mandats n'ont pas été exécutés par la justice malienne pour des raisons tenant au dialogue national inclusif. Pourquoi ces mandats n'ont pas toujours été exécutés par les autorités judiciaires maliennes ?

Or, la poursuite des auteurs de crimes commis pendant la crise permettra de contribuer à la lutte contre l'impunité, et au renforcement de l'État de droit et d'éviter que la population ne se fasse justice elle-même. La lutte contre l'impunité favorise ainsi l'accès aux services de justice pour des personnes affectées par la crise, ainsi qu'une représentation de victimes de violations graves des droits humains ou de corruption dans une perspective de changement social et de création de la jurisprudence. Une telle lutte contre l'impunité atteindra de meilleurs résultats grâce au travail parallèle effectué avec des organisations de la société civile et des acteurs et actrices de la justice, outillés par le projet pour identifier les problèmes de corruption et contribuer efficacement à la lutte contre ces phénomènes. Mais le déficit en gouvernance judiciaire est perçu à travers l'injustice et l'impunité ; le non-respect de l'Etat de droit et la

non-exécution des décisions de justice<sup>70</sup>. Dans le cas du Mali, la lutte contre l'impunité, le rétablissement de la justice civile et pénale, la recherche de la vérité et la réconciliation constituent les objectifs d'un système de Justice de première ligne<sup>71</sup>. La négligence et la mégestion au sein du système judiciaire malien ont entraîné des déficiences saisissantes et gêné les efforts de lutte contre l'impunité des auteurs de délits, toutes catégories confondues. Conjuguées à une conduite non professionnelle et à des pratiques corrompues, les lacunes logistiques et en matière de personnel au sein du secteur de la justice ont contribué à des violations du droit à l'équité procédurale. Du fait de l'incapacité des tribunaux à traiter les dossiers de manière adéquate, des centaines de prisonniers se trouvent en détention préventive prolongée dans des prisons et des centres de détention surpeuplés<sup>72</sup>.

D'ailleurs, la sortie de crise marque généralement la fin des affrontements et des violences, mais les tensions restent fortes et des exactions peuvent reprendre, d'où la nécessité d'envisager dès le début des négociations une stratégie de sortie de crise qui prenne en considération, dans le cadre du plan de stabilisation et de reconstruction, la délicate question de la réconciliation et de la lutte contre l'impunité<sup>73</sup>. Notre réflexion sera focalisée d'un côté sur

---

<sup>70</sup> Naffet KEITA, *L'Accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger : entre euphorie ou doute, la paix en signe de traces ! ; Nouvelles approches de sécurité collective*, p. 27.

<sup>71</sup> Rapport du système des Nations unies du programme conjoint d'appui à la promotion des droits de l'homme au Mali/Ministère de la Justice du Mali : *Synthèse des études sur le renforcement de la justice pénale au Mali : Études sur le renforcement de la justice pénale au Mali*, p. 33.

<sup>72</sup> Voir le rapport de Human Rights Watch, *Le conflit armé au Mali et ses conséquences Recueil de documents publiés par Human Rights Watch 2012-2017*, p. 44.

<sup>73</sup> [www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf](http://www.institut-gouvernance.org/docs/note3.pdf) « Etats orphelins » : Etats dont l'appui technique et financier de la communauté internationale est faible voire inexistant ; Référence de document n 0 9 de l'Union européenne : Appui à la réforme de la justice dans les pays Acp Septembre 2010 ; Collection Outils et Méthodes Document de référence n° 9 ; p. 76.

l'absence de répression (1), et de l'autre côté, sur la victimisation de certaines populations (2).

*1. L'absence de répression*

Les auteurs qui commettent des crimes ne sont pas condamnés au Mali parce que le gouvernement malien procède soit à l'échange des prisonniers avec les rebelles, soit à la libération de ces auteurs de troubles, donc dans l'impunité totale. A tous les niveaux, on constate une absence de répression à l'endroit de ces auteurs de crimes. Concernant l'échange des prisonniers, le gouvernement malien et l'ex-rébellion à dominante touareg du nord du Mali ont échangé des prisonniers. Ainsi, l'Etat malien a libéré 31 prisonniers rebelles de la Coordination des mouvements de l'Azawad (CMA, ex-rébellion), et la rébellion a libéré seize prisonniers militaires maliens de l'armée malienne. Selon les deux parties, ces libérations visent à permettre une décrispation dans le cadre du processus de paix au Mali, toujours confronté à des blocages plus de trois mois après la signature en mai et juin d'un accord de paix par le gouvernement, des groupes armés qui lui sont favorables, et la rébellion basée dans le nord du pays. Mais, aucune des sources n'a cependant fourni d'indications sur les dates d'arrestation ou les durées de détention des prisonniers et sur leurs identités.

Au prix de la paix, le gouvernement malien et les groupes armés du nord du Mali ont procédé mardi 15 juillet 2014 à un échange de 86 prisonniers, signe de bonne volonté à la veille de l'ouverture de négociations de paix à Alger<sup>74</sup>. Lors de précédents échanges de prisonniers, plusieurs organisations de la société civile et des défenseurs des droits de l'homme, ont critiqué et dénoncé, avant de s'opposer à ces libérations réclamées par les groupes armés. Elles ont assimilé ces libérations à de l'impunité, lorsque ces individus sont suspectés de graves violations des droits humains ou d'attaques

---

<sup>74</sup> [https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/video-mali-echange-de-86-prisonniers-a-bamako\\_1559843.html](https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/video-mali-echange-de-86-prisonniers-a-bamako_1559843.html) ; p. 1

contre les casques bleus de la MINUSMA<sup>75</sup>. Dans le cadre du processus de la paix, les autorités maliennes et les séparatistes touaregs du nord du pays ont procédé mardi 15 juillet 2014 à un échange de prisonniers à la veille de l'ouverture de négociations de paix à Alger. De même, quarante-deux rebelles ont été remis en liberté en échange de quarante-cinq soldats maliens faits prisonniers à Kidal, fief des séparatistes, lors des affrontements de la fin mai qui ont coûté la vie à une cinquantaine de militaires. Egalement à l'occasion de la première session de la Cour d'assises de Bamako au titre de l'année 2016, sur onze affaires enrôlées impliquant une soixantaine d'accusés, moins de dix des accusés ont comparu à la barre des assises. Les autres n'ont pas daigné le faire, ayant obtenu leur liberté en vertu de réclamations politiques et d'échanges de prisonniers intervenus entre l'Etat malien et les groupes rebelles du nord-Mali.

Quant à la libération des prisonniers, le Mali, dans le cadre du respect de l'accord préliminaire de Ouagadougou, a procédé à la libération de plusieurs prisonniers pour remettre aux groupes rebelles. Comme d'un côté la libération est faite de la première vague de trente personnes et dans un second temps les groupes rebelles ont obtenu la libération d'une vingtaine d'autres prisonniers du côté des rebelles du Mouvement de la coordination de l'Azawad (CMA) ; 23 prisonniers militants du Mouvement national pour la libération de

---

<sup>75</sup> La Mission multidimensionnelle intégrée des Nations unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA), a été créée le 25 avril 2013<sup>1</sup> par la résolution 2100 du Conseil de sécurité des Nations unies. Elle prend le relais de la Mission internationale de soutien au Mali sous conduite africaine (MISMA) à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2013. Le 25 juin 2014, le Conseil de sécurité des Nations unies prolonge jusqu'au 30 juin 2015, le mandat de la mission de l'ONU au Mali (Minusma) en lui assignant comme priorités de faciliter un règlement politique et d'étendre sa présence dans le nord du pays. Le 30 juin 2015, le Conseil de sécurité des Nations unies prolonge jusqu'au 30 juin 2016, le mandat de la mission de l'ONU au Mali (Minusma) en lui assignant comme priorité de soutenir la mise en œuvre de l'accord de paix signé le 20 juin, à la fois sur le plan politique et sécuritaire, grâce aux 10 000 casques bleus déployés au Mali.

l'Aawad (MNLA)<sup>76</sup> et 150 prisonniers d'Ançar Dine<sup>77</sup>. Le gouvernement malien a libéré, le 15 août 2014, Houka Houka Ag

---

<sup>76</sup> Le MNLA : le Mouvement national de libération de l'Azawad (en touareg) ou MNLA est une organisation politique et militaire majoritairement touarègue, active au nord du Mali. Son objectif est l'indépendance du territoire de l'Azawad. Créé en 2011, c'est l'un des principaux groupes armés impliqué dans la guerre du Mali. Le Mouvement national de l'Azawad (MNA), créé en novembre 2010 et qui se définit comme « une organisation politique de l'Azawad qui défend et valorise la politique pacifique pour atteindre les objectifs légitimes pour recouvrer tous les droits historiques spoliés du peuple de l'Azawad », et le Mouvement touareg du Nord-Mali (MTNM), mouvement responsable de rébellions de 2006 à 2009, fusionnent le 16 octobre 2011 pour créer le MNLA. Plusieurs groupes d'ex-rebelles touaregs ayant fui le Mali dans les années 1990 pour s'engager dans l'armée libyenne de Mouammar Kadhafi se sont joints au mouvement à la suite de la chute du régime libyen en 2011. Ils ont apporté avec eux un grand nombre d'armes, réactivant le conflit pour l'autodétermination de l'Azawad. Malgré sa volonté de rassembler l'ensemble des communautés de l'Azawad, le MNLA ne fédère véritablement que quelques tribus touarègues, surtout dans l'Est et au nord-est du Mali ; principalement les Idnanes, les Imididaghans, les Chamanamasses, les Daoussahaks, et une partie des Ifoghas. Très peu d'Arabes, de Peuls et de Songhaï rejoignent le mouvement.

<sup>77</sup> Le Ansar Dine : Ansar Dine ou Ansar Eddine (arabe : أنصار الدين, 'Anṣār ad-Dīn, groupe armé créé début 2012, dirigé par Iyad Ag Ghali, l'un des principaux chefs de la rébellion touarègue (1990-1995). 26 oct. 2016. « Les défenseurs de la religion ») est un groupe armé salafiste djihadiste fondé et dirigé par Iyad Ag Ghali. Apparu au début de l'année 2012, c'est l'un des principaux groupes armés participant à la guerre du Mali. Le 1<sup>er</sup> mars 2017, Ansar Dine fusionne avec plusieurs autres groupes djihadistes pour former le Groupe de soutien à l'islam et aux musulmans qui reste sous la direction d'Iyad ag Ghali. Ce groupe ne doit pas être confondu avec son homonyme, mouvement légalisé en 1992, revendiquant 800 000 soutiens dirigés par le prédicateur Chérif Ousmane Haïdara, vice-président du Haut Conseil islamique malien. Au début de la rébellion, Ansar Dine utilise d'abord le drapeau noir ; cependant en juillet 2012, cherchant à se démarquer d'AQMI et du MUJAO, Iyad Ag Ghali adopte un nouveau drapeau : blanc avec comme emblème, en rouge, une kalachnikov et un sabre surmontés d'un coran. Cependant dans une vidéo rendue publique le 29 juillet 2014, Iyad Ag Ghali réapparaît avec le drapeau noir en fond. Le 18 mars 2012, Ansar Dine adresse un communiqué à l'AFP, le mouvement affirme combattre pour instaurer la

Alfousseyni, qui aurait sévit en tant que juge au tribunal islamique de Tombouctou contre la population locale pendant l'occupation de la ville par les groupes Jihadistes.

Ainsi cette vague libération des prisonniers a déclenché une colère au niveau des magistrats maliens notamment le procureur général près la Cour d'appel de Bamako, le Dr. Daniel A. Tessougue ne porte plus de gants avec les pouvoirs publics qu'il accuse d'être en train de marcher sur les prébendes de la justice. Selon lui, la libération arbitraire des prisonniers est contraire au principe de la justice, parce qu'il semble que cette prochaine vague est bien poursuivie par la justice pour des crimes de guerre. A cela s'ajoute la libération du préfet M. Makan Doumbia de la localité malienne de Ténenkou, enlevé le 8 mai 2018 dans la région de Mopti par des djihadistes présumés, ainsi que du journaliste malien Issa Tamboura, enlevé fin décembre 2018 dans le centre du Mali ont été libérés grâce à une action de la sécurité d'Etat, tandis que quatre civils également détenus dans cette région ont été tués. Ces libérations représentent un risque sécuritaire pour les victimes qui sont en train de perdre toute confiance en la justice de leur pays. Alors que les associations de victimes ont exprimé leur grande préoccupation à cause du sentiment de peur qui règne chez les victimes qui constatent la présence de leurs bourreaux qui ont été libérés et aussi en raison de la résurgence des

---

charia à l'ensemble du Mali : « À compter de ce jour, nous nous engageons à la lutte armée sans merci pour l'application de la charia, dans un premier temps dans l'Adrar des Ifoghas. Quiconque est d'accord avec cette position est avec nous. Nous sommes des musulmans du Mali (...) et notre objectif est de convaincre de gré ou de force les autres à appliquer la charia. Nous ne voulons pas une république indépendante à part, mais une république islamique ». Dès le début de la guerre du Mali, Ansar Dine s'allie avec Al-Qaida au Maghreb islamique (AQMI). Cependant, contrairement à AQMI, Ansar Dine n'a revendiqué aucun enlèvement ni attentat contre des civils<sup>15</sup>. Certains responsables politiques maliens ont entretenu l'espoir qu'Iyad Ag Ghali, autrefois proche du gouvernement malien, puisse être « récupérable » et ont formulé le souhait de négocier avec lui. Cette option est cependant rejetée par la France qui estime qu'Iyad Ag Ghali est une cible à abattre en priorité.

groupes armés qui occupent de nouveau une bonne partie du nord du pays.

*2. La victimisation de certaines populations*

La fragilité de la situation sécuritaire dans le nord et du centre du Mali pousse de nombreux groupes armés, constitués le plus souvent sur une base identitaire, à acquérir des armes pour assurer la défense de leurs communautés. Pour cela, ces groupes armés et extrémistes présents dans le nord du Mali continuent d'être impliqués dans les violations des droits de l'homme : atteintes au droit à la vie, enlèvements, traitements cruels, inhumains ou dégradants, détentions illégales, utilisation et enrôlement d'enfants dans les groupes armés, attaques asymétriques et pillages. Dans un contexte marqué par des tensions inter et intracommunautaires, qui sont parfois instrumentalisées par les acteurs politiques et sécuritaires, le risque de violation grave des droits de l'homme sur la population civile est particulièrement préoccupant. Cependant, les attaques asymétriques ont fait au moins 28 morts, dont 25 casques bleus, et au moins 51 blessés, dont neuf mineurs. Ces atteintes ont été perpétrées notamment dans les zones occupées par les groupes armés après les événements du 21 mai 2014 dans la ville de Kidal. A cet effet, le 17 mai 2014, à l'occasion d'une réunion de la délégation du premier ministre avec les fonctionnaires de l'administration régionale et les chefs communautaires et associatifs de Kidal, de violents combats ont éclaté et se sont achevés par la prise du gouvernorat par les éléments du MNLA et du HCUA, causant onze morts, dont huit civils et trois éléments des forces armées maliennes, la détention arbitraire de 34 civils et des dommages matériels.

Quant aux Casques bleus, ils ont subi de nombreuses attaques de roquettes et d'obus en convois et à l'aéroport de Kidal. Le 3 octobre 2014 a eu lieu l'attaque la plus meurtrière contre les Nations unies au Mali. En effet, ce jour-là, neuf Casques bleus nigériens ont été tués, dans une embuscade, par des hommes lourdement armés circulant à moto entre les villes de Ménaka et Ansongo, dans le nord-est du Mali. Cette situation du pays demeure préoccupante par la multiplication des conflits inter et intracommunautaires et les atteintes aux droits

l'homme causées par ces conflits. Au cours de la période considérée, il a été constaté au moins sept morts suite à ces conflits dans toutes les régions nord du Mali. Ces conflits ont différentes origines et touchent quasiment toutes les communautés, notamment les Touaregs, les Sonrhais et les Arabes.

Tandis qu'au centre du Mali, le 17 mars 2019, le camp militaire de Dioura, au centre du Mali a été attaqué et enregistré un bilan lourd, réévalué à 23 morts. Le mardi 1<sup>er</sup> janvier, des hommes armés habillés en tenue de chasseurs traditionnels (dozos) ont attaqué le village de Koulogon-Peulh cercle de Bankass aux environs de 5 h du matin, 37 morts ont été enregistrés et plusieurs blessés, tous des civils. Aussi, de nombreuses habitations ont été incendiées par les ravisseurs. Alors que l'association Tabital Pulaku accuse le pouvoir central d'avoir armé des milices contre la population au centre du pays, le mouvement d'autodéfense Dan Nan Ambassagou condamne ces actes et les qualifie de barbaries. C'est une attaque à caractère communautaire dans la région de Mopti, le gouvernement, avait annoncé des mesures fortes. Une autre attaque dans le village peul de Ogossagou, au Mali, a fait au moins 160 morts. Selon le rapport inédit de l'ONU, les affrontements entre les peuls et les ethnies bambara et dogon ont coûté la vie à plus de 500 civils en 2018. Et les affrontements mortels sont fréquents au Mali entre la communauté peule et les "groupes d'autodéfense" mis en place par d'autres ethnies. Au moins 95 habitants du village dogon de Sobane-Kou, dans le centre du pays, ont été tués dans la nuit de dimanche à lundi par des hommes armés.

Car depuis l'apparition il y a quatre ans dans le centre du Mali du groupe djihadiste du prédicateur Amadou Koufa, recrutant prioritairement parmi les Peuls, traditionnellement éleveurs, les affrontements se multiplient entre cette communauté et les ethnies bambara et dogon, pratiquant essentiellement l'agriculture, qui ont créé leurs propres « groupes d'autodéfense ».

Mais l'occupation effective des régions du Nord par le MNLA, Ançar Dine et les autres groupes armés, s'est accompagnée de l'imposition par les islamistes d'une interprétation extrême de la Charia, la loi islamique, et les populations des dites zones se sont vues

imposer une nouvelle façon de vivre<sup>78</sup>. En représailles aux exactions et meurtres contre les militaires maliens et les populations civiles, des groupes d'auto-défense se sont constitués dans les régions de Tombouctou et de Gao.

Donc dans les régions de Tombouctou et de Gao, se sont créées ou réactivées des milices arabes et des groupes d'auto-défense armés dont les objectifs sont de « défendre » les populations ou leur groupe ethnique. On en dénombrerait au moins trois principales : la Milice arabe de Tombouctou, le Gandakoy et le Ganda Iso :

- La milice arabe de Tombouctou, a vu le jour avec l'assentiment du régime de l'ex-président de la République le général Amadou Toumani Touré. Elle lutte pour la défense des populations arabes contre les groupes armés touaregs et les islamistes. Pourtant, lors de la prise de la ville de Tombouctou, elle aurait négocié avec les groupes armés leur entrée « pacifique ».

- Le Gandakoy, « Maître de la terre » en langue Songhoï, est une milice créée lors des rebellions touarègues des années 1990 pour protéger les populations des exécutions sommaires, des assassinats de fonctionnaires maliens (juges, administrateurs civils), des pillages et des vols des biens des populations civiles et des attaques contre les symboles de l'État.

- Ganda Iso, « fils du pays » en Songhoï a été créé en janvier 2012 après l'exécution sommaire des 153 militaires maliens du camp de Aguelhock. Ces deux derniers groupes armés se seraient rendus responsables d'exactions contre des populations civiles touarègues de la région (voir la section : Les exactions des milices et groupes d'auto-défense)<sup>79</sup>.

Si dans les localités de Ségou, on a un groupe armé, dénommé "La katiba Macina", aussi appelée le Front de libération du Macina (FLM), est un groupe armé (katiba) salafiste djihadiste qui apparaît en janvier 2015 lors de la guerre du Mali. Elle est affiliée à Ansar Dine, puis au Groupe de soutien à l'islam et aux musulmans. Le nom Macina fait référence à l'empire peul du Macina, fondé au XIX<sup>e</sup> siècle

---

<sup>78</sup> Voir le rapport du fidh/AMDH : « Crimes de guerre au Nord-Mali », p. 7.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 11.

par le marabout Sékou Amadou. Le nom de « Front de libération du Macina » apparaît pour la première fois en 2015 dans une communication transmise à l'agence de presse mauritanienne *Alakhbar* mais n'est utilisé ni par les djihadistes ni par les communautés locales. On peut citer aussi le djihadiste Amadou Koufa, nom de guerre d'Amadou Diallo, né vers 1961 à Saraféré (en), est un djihadiste malien. Issu du peuple peul, il est pendant la guerre du Mali le chef de la Katiba Macina, un groupe affilié à Ansar Dine, puis au Groupe de soutien à l'islam et aux musulmans. Au Mali, il réclame l'instauration d'une république islamique et acquiert une forte popularité dans le centre du pays. Selon l'anthropologue malien Boukary Sangaré : « Lui et les autres islamistes de la région parlent de libération, d'émancipation et d'épanouissement, cela attire les plus démunis, les pasteurs transhumants et certains marabouts. Il y a dans ce combat une forme de révolution sociale vis-à-vis de l'Etat et des structures communautaires traditionnelles quasi féodales ».

En revanche au centre du Mali, précisément dans la région de Mopti, on constate un groupe d'auto-défense du nom de Dan Na Ambassagou ou Dan Nan Amassagou (dogon : « les chasseurs qui se confient à dieu ») est un groupe d'autodéfense de chasseurs dogons, fondé en 2016 au Mali. Il faut noter que le groupe rassemble des chasseurs traditionnels dozos de la communauté des Dogons. Il est particulièrement actif dans le cercle de Koro, mais est aussi bien présent dans le cercle de Bankass, le cercle de Douentza et le cercle de Bandiagara. À partir de 2018, Dan na Amassagou est accusé par plusieurs associations de droits de l'homme et associations communautaires d'exactions et de massacres contre les communautés peules, ce que le groupe nie. Le 24 mars 2019, le gouvernement malien ordonne la dissolution de Dan na Amassagou, accusé d'être responsable du massacre d'Ogossagou<sup>17</sup>. Cependant Dan na Amassagou annonce qu'il refuse la dissolution. De janvier 2016 à avril 2017, selon Human Rights Watch, organisations des droits humains ont répertorié au moins 117 morts, 87 blessés et plus de 10 000

personnes déplacées suite aux violences entre des communautés peules et des communautés bambara et dogon<sup>80</sup>.

### *B. La résurrection de la crise*

Les motivations des auteurs de la violence sont plurielles, et le degré de coordination entre les groupes est incertain. Il est souvent difficile de distinguer entre actes de banditisme, vendettas locales et attaques par des groupes radicalisés. Il apparaît que des groupes armés tentent d'instrumentaliser l'insécurité endémique, les tensions locales et la profonde défiance à l'égard de l'Etat pour atteindre leurs objectifs, d'ailleurs divers<sup>81</sup>. Donc le scénario le plus plausible au centre du Mali est l'escalade continue de la violence entre groupes djihadistes, forces de sécurité maliennes et milices d'autodéfense opérant au nom des communautés bambara et dogon en substance, une continuation de la tendance actuelle, à savoir la montée constante de la violence contre des civils. Certainement le centre du Mali présente un risque particulièrement élevé en raison de sa densité de population, de la prévalence des armes, de l'idéologie extrémiste et du nombre de communautés opposées vivant à proximité les unes des autres. Il y a un risque de résurrection de la crise malienne, si rien n'est fait par les autorités administratives et judiciaires maliennes. Ici notre analyse portera dans un premier temps sur la prolifération des actes de banditisme ou de terrorisme (1), et dans un second temps sur le non-respect des accords sur la réconciliation (2).

---

<sup>80</sup> Voir le document du Mouvement mondial des droits humains (FIDH) et Association malienne des droits de l'homme (AMDH), « Mali : Terrorisme et impunité font chanceler un accord de paix fragile » (note de position conjointe, FIDH et AMDH, mai 2017), <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/mali/terrorisme-et-impunite-font-chanceler-un-accord-de-paix-fragile>.

<sup>81</sup> <https://www.crisisgroup.org/fr/africa/west-africa/mali/central-mali-uprising-making> ; « Mali central : la fabrique d'une insurrection ? », p. 3.

*1. La prolifération des actes de banditisme ou de terrorisme*

Le coup d'État du 22 mars 2012 affaiblissait davantage l'Etat malien et, par la suite, favorisa une incursion victorieuse des troupes du Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) et leurs alliés extrémistes et islamistes qui parvinrent à contrôler près des deux tiers du territoire national. A la différence de toutes les autres rébellions et révoltes qui n'avaient point d'ancrage idéologique explicite, celle du MNLA s'est avérée séparatiste avec une direction politique et une branche armée. En effet, depuis le début de l'année 2015, plus de deux cents attaques terroristes et de banditisme ont été enregistrées dans le Nord et le Centre du Mali provoquant la mort de plus de deux cents personnes dont une majorité de civils. Il faut dire que 140 de ces attaques furent le fait de groupes armés terroristes, 42 % d'entre elles ayant visé les forces des Nations unies. En 2015, les attaques des groupes armés ont fait environ 150 morts et 250 blessés dont 50 % étaient des civils. Les attaques ayant visé la MINUSMA ont fait, à elles seules, 29 morts et 80 blessés faisant du Mali le pays le plus dangereux pour une mission des Nations unies. Alors nous devons aussi distinguer ce qui relève du banditisme et de la prédation qui a caractérisé certaines parties du Mali. Ce phénomène est exacerbé par les conflits violents récents et est animé, d'une part, par la faiblesse de l'État et, d'autre part, par la prolifération des armes sur notre territoire. Les acteurs s'adonnant à cette activité destructrice créent quelques fois la diversion en se réclamant de mouvements terroristes ou en arborant leurs bannières. Il convient de ne pas se tromper dans l'appréhension de leurs forfaits et donc dans le traitement qu'il convient de leur réserver.

- Les actes de banditisme : des groupes armés ont mené au moins 75 attaques contre les forces des Nations unies en 2016, causant la mort de 29 casques bleus de la (MINUSMA) et blessant quelques 90 autres de ces soldats. Ainsi les groupes liés à Al-Qaida au Maghreb islamique (AQMI) ont revendiqué plusieurs de ces attaques, qui visaient en grande partie les convois logistiques et les bases des Nations unies.

Au regard du constat, les attaques les plus meurtrières ont eu lieu au mois de février 2016, quand sept casques bleus guinéens ont été tués, et au mois de mai, quand cinq casques bleus du Togo et cinq du Tchad ont été tués. Parmi les motifs et les sources de violence, il y a également les réactions face à l'injustice des autorités notamment les abus des forces étatiques. Certaines actions violentes observées dans le Centre du pays et quelques fois au Nord, sont ainsi d'avantage des représailles contre les forces de sécurité ou de l'administration que des actes terroristes. Nous devons enfin craindre la radicalisation des Maliens, notamment les jeunes, suivis d'actes violents de leur part ou d'inclination à l'intolérance pouvant conduire à des confrontations futures. Car l'État est complètement absent de certains territoires du Mali central depuis un ou deux ans et c'est la porte ouverte à tous les abus et les amalgames. C'est la porte ouverte au banditisme et au crime organisé.

- Les actes de terrorisme : en 2016, des groupes islamistes armés ont exécuté au moins 27 hommes, parmi lesquels des chefs de village et des représentants locaux du gouvernement, des membres des forces de sécurité maliennes et des combattants signataires de l'accord de paix. La plupart d'entre eux étaient accusés d'avoir fourni des informations au gouvernement ou aux forces françaises engagées dans des opérations antiterroristes. Outre les abus commis par les groupes islamistes armés, les populations civiles ont souffert d'affrontements intercommunautaires sanglants et de l'augmentation des actes de banditisme.

Au Nord du Mali, selon le rapport publié par Human Rights Watch au Mali, on note un total de 27 exécutions sommaires commises par des groupes islamistes armés en 2016. Parmi les groupes présumés responsables de ces exécutions figureraient AQMI, Ansar Dine, le Front de libération du Macina (également connu sous le nom de Katiba du Macina d'Ansar Dine) et le Mouvement pour l'unicité et le jihad en Afrique de l'Ouest (MUJAO). En revanche à Ménaka, Aguelhoc, Tessalit, Léré, Niafunké, les bandits armés et leurs complices, les terroristes d'AQMI, ne se sont pas contentés d'assassiner et de mutiler les prisonniers noirs, ils ont pillé les

garnisons, emportant tout ce qui pouvait l'être, vidé les boutiques d'innocents commerçants des vivres et toutes denrées qu'elles contenaient, volé le bétail (chameaux, chèvres, chevaux, moutons) les véhicules 4X4, l'argent, les bijoux des femmes, tout ce qui leur tombait sous la main. Ils se sont comportés comme des pillards, ce qui est inscrit au demeurant dans leur ADN.

De même que dans la région de Mopti, les groupes armés ont imposé leur version de la charia (loi islamique) dans plusieurs villages, menaçant les villageois pour qu'ils ne célèbrent pas les mariages et les baptêmes. Un villageois a dit avoir assisté à un mariage en décembre dans la région de Ségou. Depuis l'apparition il y a quatre ans dans le centre du Mali du groupe jihadiste du prédicateur Amadou Koufa, recrutant prioritairement parmi les Peuls, traditionnellement éleveurs, les affrontements se multiplient entre cette communauté et les ethnies bambara et dogon, pratiquant essentiellement l'agriculture, qui ont créé leurs propres "groupes d'autodéfense.

#### *2. Le non-respect des accords sur la réconciliation*

A la date du 20 juin 2015, la Coordination des mouvements de l'Azawad (CMA) paraphait l'accord de paix baptisé "Accord d'Alger", à Bamako. Quatre ans après sa signature, l'accord a accusé d'énormes retards dans sa mise en œuvre. Ce constat a été fait par le président du comité de suivi de l'accord (CSA)<sup>82</sup>. Or, lors de sa signature, l'accord prévoyait une période de deux ans pour mettre en œuvre des mesures intérimaires et planifier les réformes structurelles inhérentes à l'autonomisation des régions du Nord. Néanmoins, les difficultés auxquelles le processus de paix avait fait face au lendemain de l'attentat du mécanisme opérationnel de coordination (MOC) de Gao le 18 janvier 2017 et les retards accumulés à la date du 20 juin 2017, fin de la période intérimaire[v], ont pu laisser croire que l'accord risquait d'être caduc. C'est dans ce contexte de dangereuse latence qu'en

---

<sup>82</sup> Le Comité de suivi de l'accord (CSA) : l'accord d'Alger est signé le 24 juillet 2014 sous la garantie de la médiation internationale avec comme chef de file, l'Algérie.

septembre 2017 le Conseil de sécurité vota à l'unanimité l'instauration d'un comité des sanctions pour le Mali. Un comité d'experts fut nommé et leurs travaux commencèrent en février 2018. Dès le mois de mars de la même année, suite à la conjonction favorable d'un ensemble d'événements—engagement, début des travaux du comité des sanctions, mise en place de l'Observateur indépendant. En revanche, les parties maliennes adoptèrent une nouvelle feuille de route lors de la 23<sup>ème</sup> session du Comité de suivi de l'accord le 22 mars 2018. Cette feuille de route redonnait un souffle aux négociations, et offrait à la communauté internationale, très investie au Mali, des gages de bonne foi de la part des parties signataires.

Pour cette raison le gouvernement malien a procédé à la mise en place des MOC de Gao, Tombouctou et Kidal fait partie intégrante des mesures intérimaires. Les MOC sont des unités de patrouilles mixtes composées à parts égales de combattants des trois parties signataires. Ils constituaient initialement une des mesures provisoires préalable à la sécurisation des camps du programme de DDR et des nouvelles autorités intérimaires. Ils ont vocation à être intégré à l'armée reconstituée. A la date du 27 février 2019, seul le MOC de Gao est opérationnel.

A l'issue de l'application de l'accord pour la paix et la réconciliation issu du processus d'Alger, suite aux progrès réalisés sur le plan politique et institutionnel, la Commission nationale de désarmement, démobilisation et réinsertion (CNDDR), créée par le décret n° 2015-0894/P-RM du 31 décembre 2015, conformément aux dispositions de l'Accord pour la paix et la réconciliation au Mali en ses articles 18, 19 et 20, la CNDDR a respecté tout le processus prévu par l'accord : mise en place des structures et antennes régionales ; formations adéquates au personnel et l'inclusivité du dialogue politique.

Malgré l'absence d'un accord sur les quotas d'intégration, la Commission nationale de désarmement, démobilisation et réinsertion et la Commission d'intégration, avec l'appui de la MINUSMA, ont amorcé un processus accéléré de désarmement, de démobilisation, de réinsertion et d'intégration. Entre le 6 et le 30 novembre 2018, 1 423 ex-combattants de la Coordination des mouvements de l'Azawad et

de la Plateforme des mouvements du 14 juin 2014 d'Alger, ainsi que des ex-combattants de groupes armés non signataires mais respectant l'accord, ont été désarmés, démobilisés, enregistrés et notamment soumis à des contrôles de sécurité et d'antécédents en matière de violations des droits de l'homme. Ces opérations se sont déroulées à Gao, Tombouctou et Kidal.

Comme désignées le 14 octobre 2016 par décret présidentiel, le gouvernement malien et les responsables de la CMA et de la plateforme ont installé depuis le 15 juillet 2016 les autorités intérimaires dans cinq régions à savoir Tombouctou, Gao, Kidal, Taoudéni et Ménaka. Les autorités intérimaires ont été installées à Kidal le 28 février 2017, à Ménaka et à Gao le 2 mars 2017 et dans les régions de Tombouctou et de Taoudéni le 13 avril 2017. Des passations de service entre les présidents des conseils régionaux sortants et les présidents des autorités intérimaires ont eu lieu à Gao et à Tombouctou, sauf dans la région de Mopti, toutes les administrations régionales intérimaires sont désormais opérationnelles.

De même, les efforts engagés en faveur d'un processus de réconciliation nationale ne doivent pas sapés par de nouvelles nominations au sein de la Commission vérité, justice et réconciliation (CVJR) qui seraient de nature à remettre en cause l'impartialité de ses membres en raison de la présence de représentants de groupes armés ou de potentiels présumés responsables de crimes. Selon nos organisations, l'effectivité du travail de la CVJR en faveur de la réconciliation passera par la qualité de sa composition mais également par sa capacité à garantir à toutes les victimes la recherche de la vérité, de la justice et de leur réparation en toute sécurité.

Pour terminer, le renforcement de la coopération régionale à travers notamment le dispositif du Groupe des cinq (Mauritanie, Mali, Burkina Faso, Niger et Tchad) du Sahel (G5) mais également le plaidoyer auprès de la communauté internationale pour le maintien du Sahel et des menaces qu'il présente dans l'agenda international, constituent des objectifs spécifiques que le Mali doit intégrer dans sa stratégie de lutte permanente contre le terrorisme et les violences armées.

\*

\* \*

En conclusion, nous pouvons retenir qu'en matière de justice transitionnelle en Afrique, l'on retient généralement les exemples de la République sud-africaine (commission vérité et réconciliation), du Rwanda (Gacaca) qui ont suscité des mécanismes judiciaires et non judiciaires afin de traiter des violations graves et massives des droits de l'homme commises sur leur territoire. Ainsi le concept de justice transitionnelle ou justice de transition comme étant l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation.

Il faudrait peut-être suivre de près l'exemple malien... Pour le cas précis du Mali, le processus de justice transitionnelle doit s'orienter sur la réconciliation nationale, la relance du processus démocratique et la restauration de l'état de droit. D'où l'importance de mettre en relation les mécanismes qui doivent être adaptés aux réalités maliennes. Les différents mécanismes (Commission vérité, procédures judiciaires nationales, procédures judiciaires internationales et mécanismes traditionnels) sont explorés en fonction des capacités et des méthodes spécifiques à chaque pays.

Enfin le système judiciaire malien s'est engagé à poursuivre les auteurs des crimes de guerre et violations graves des droits humains commis durant la crise. Ce qui est conforme à l'idée selon laquelle les poursuites pénales constituent un mécanisme prépondérant de justice transitionnelle. A ce titre, la nouvelle politique nationale de justice transitionnelle (PNJT) doit désormais s'appuyer sur une vision stratégique portant sur la lutte contre l'impunité, notamment un système général de protection des témoins et des victimes et de renforcement des capacités des personnels judiciaires et parajudiciaires ainsi que des acteurs de la société civile.



- II -

**DROIT PUBLIC**



**LE MULTILATÉRALISME A L'ÉPREUVE  
DE LA CONDITIONALITÉ EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA DÉMOCRATIE  
EN AFRIQUE**

**Atchou Sodjada ESSOUSSO,**  
*enseignant-chercheur à la Faculté de Droit  
Université de Lomé*

**Resumé**

Cet article vise à mener une analyse juridique et politique du concept de multilatéralisme. Alors que la conditionnalité européenne est souvent décriée comme une attitude coloniale, nous démontrerons que, d'un point de vue strictement juridique, il apparaît que la réalité est plus nuancée. Nous passerons en revue les critiques du multilatéralisme liées à la perte de souveraineté de l'Etat, qui nous paraît devoir être relativisée à la fois dans son étendue et dans son impact sur la démocratie et les droits de l'homme. Nous montrerons comment les relations internationales surmontent ces difficultés en permettant un nouvel équilibre entre l'Etat et l'individu sur la scène internationale et comment un modèle de sanctions internationales ciblées fondées sur le multilatéralisme peut être efficace. Enfin, nous évoquerons le rôle essentiel des acteurs pour préserver la démocratie et les droits de l'homme dans l'ordre international, malgré les limites qui leur sont inhérentes.

**Mots clés :** *multilateralisme, conditionalité, sovereignty, democracie, Droits humains, Etat, ACP, UE, société civile, Accord de Cotonou, sanctions internationales, libre échange.*

**Abstract:**

This research aims to analyse the legal and political concept of multilateralism. Considering that the conditionality is criticized as a colonial attitude, our analysis demonstrates legally that, in fact, the reality has to be differentiated. Hence, the criticism of multilateralism was highly regarded according to the problematic of the lost of sovereignty, which must be relativised with regard to their space and their impact on democracy and human right. We also explain the difficulties which can be observed in the international relations, in order to create a new balance between State and individual, and how the effectiveness of smart sanctions founded on a multilateralism can be achieved. At least, we approach the essential rule of actors supposed to consolidate democracy and human right in the international order, despite their limits in the practice.

**Keywords:** *multilateralism, conditionality, sovereignty, democracy, human right, State, ACP, EU, civil society, Cotonou agreement, international sanctions, free trade.*

« Le paternalisme, la domination cynique ou le réflexe d'humiliation de la diplomatie occidentale en direction du Sud constituent les trois obstacles les plus graves à l'universalisation des droits de l'homme » affirmait Bertrand Badie<sup>1</sup>. Cette assertion confirme l'observation selon laquelle la diplomatie des droits de l'homme est fondée sur des critères accordés multilatéralement. Ainsi on a tendance à associer, avec raison, droits de l'homme et multilatéralisme<sup>2</sup>. C'est bien dans ce cadre que les normes nouvelles

---

<sup>1</sup> Bertrand BADIE, « La promotion des droits de l'homme passe par le renforcement du jeu multilatéral », *Le Monde.fr* du 19.12.2007.

<sup>2</sup> Selon Marie-Claude SMOUTS, le discours sur le multilatéralisme est un discours : sur l'universalisme, l'égalité et l'unité des hommes ; sur l'indivisibilité (de l'espace et des problèmes) ; et sur le futur (principes d'ordre garantissant un minimum de prévisibilité dans les rapports internationaux et ménageant l'avenir). L'une des fonctions du

régissant les rapports entre Etats et même à l'intérieur des Etats tendent à s'épanouir avec le plus de certitude<sup>3</sup>. Cette évolution est normale, elle est même inéluctable. Avec la mondialisation, nous dépendons de plus en plus les uns des autres, au-delà même des frontières. Dès lors, le système international<sup>4</sup>, l'Union européenne, l'Afrique et des individus ont besoin de normes communes et les plus exigeantes d'entre elles viennent évidemment couvrir toutes les autres.

Pourquoi faire cet article maintenant ? La réponse est double. D'une part, on peut constater que depuis longtemps, les Communautés puis l'Union ont fait le choix d'intégrer dans leurs relations extérieures une dimension humaine incluant la question des droits de l'homme. Transversale et protéiforme, au point d'être souvent critiquée pour son manque de cohérence, cette politique de promotion des droits de l'homme de l'Union s'est notamment manifestée par le recours à des clauses de conditionnalité dites « droits de l'homme » dans certains accords passés avec les pays tiers, mais aussi par l'adoption plus récente d'un « cadre stratégique et plan d'action sur les droits de l'homme et la démocratie » ainsi que par la nomination d'un représentant spécial de l'Union européenne pour les droits de l'homme. Cette démarche de valorisation des droits de l'homme a été renforcée et clarifiée par le traité de Lisbonne qui indique très clairement à l'article 21 § 1 TUE que « l'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement », parmi lesquels figurent « la démocratie, l'État de droit, [et] l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». D'ailleurs, le second paragraphe de ce même article qui énonce plus

---

multilatéralisme est de construire du « sens commun ». In *op. cit.* (Note 3), p. 30. Cf. également l'article de Charles W. KEGLEY, « International Peacemaking and Peacekeeping: The Morality of Multilateral Measures », *Ethics and International Affairs*, volume 10, 1996, p. 25-45.

<sup>3</sup> Dario BATTISTELLA, *Théorie des relations internationales*, Presses de Sciences Po, 2006, p. 48.

<sup>4</sup> Guillaume DEVIN, *Sociologie des relations internationales*, La Découverte, 2007, p. 28-45.

précisément les objectifs de l'action extérieure de l'Union, indique également que parmi ces derniers figure le but « de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme (...) ». La promotion des droits de l'homme constitue ainsi à la fois un objectif en soi de l'action extérieure de l'Union et une forme de contrainte à prendre en compte dans la conception de la politique extérieure<sup>5</sup>.

D'autre part, on conviendra qu'aujourd'hui, maltraiter, les droits de l'homme impliquent de plus en plus un coût ; des normes universelles régulant les rapports humains par-delà les souverainetés correspondent non seulement à des souhaits éthiques, mais aussi à un véritable besoin économique : la dictature coûte cher ; les manquements aux droits entravent les échanges ; le besoin de maillage institutionnel entre les Etats donne à la règle de droit une importance internationale qu'elle n'avait pas autrefois. Aussi, la décision des BRICS<sup>6</sup> de créer une Banque de développement et un Fonds de réserve<sup>7</sup> contrarie-t-elle désormais l'UE dans sa stratégie de coopération avec l'Afrique devenue un objet de convoitise de la part de ces pays émergents en concurrence avec l'Europe. Point notable, cette banque n'assortit pas ses prêts de conditions contraignantes, comme c'est le cas du FED, qui exige des réformes structurelles et une ingérence politique en échange de son aide. Cette option pourrait séduire nombre de pays émergents qui estiment que les conditions du FED et du FMI ont causé de sérieux dommages à leurs économies. Pour l'accomplissement d'une diplomatie des droits de l'homme, il

---

<sup>5</sup> Romain TINIERE, « L'influence croissante de la charte des droits fondamentaux sur la politique extérieure de l'Union Européenne », *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux - RDLF* 2018, chron. n° 2.

<sup>6</sup> Les BRICS désigne un groupe de cinq pays qui se réunissent depuis 2011 en sommets annuels : Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud. Lors du sommet de Fortaleza, au Brésil, en juillet 2014, ils créent la Banque de développement dont le siège social est Shanghai.

<sup>7</sup> La Banque est dotée d'un capital de 50 milliards de dollars qui doit être porté à 100 milliards de dollars dans deux ans. Elle peut accorder jusqu'à 350 milliards de prêts pour financer des projets d'infrastructures, de santé, d'éducation, etc., dans les pays concernés et, à terme, dans d'autres émergents.

faudrait : l'essor du multilatéralisme et l'essor d'un espace public international où la parole est alors donnée aux acteurs<sup>8</sup> non étatiques : médias, ONG, intellectuels, bref tous ceux qui participent de manière de plus en plus efficace au débat public mondial. Ainsi, la « diplomatie des droits de l'homme » s'exprimera directement dans la production normative qui s'opère au niveau multilatéral, ou indirectement en favorisant ce débat public mondial auquel la présente recherche se propose de contribuer<sup>9</sup>.

D'emblée, il convient de préciser le champ de notre recherche qui s'inscrit dans le domaine des relations internationales, un domaine qui s'est, aux fils des ans, suffisamment autonomisé en science politique. Nous ne revendiquons pas ici l'appartenance à un courant défendant une théorie spécifique des relations internationales. Notre approche<sup>10</sup> se veut purement scientifique avec pour seul objectif de poursuivre l'objectivité analytique. Il est vrai que, sur le plan de la diplomatie bilatérale, personne n'a jamais trouvé la bonne conduite ; et on peut se poser la question : comment concilier cette relation essentiellement de puissance que constitue l'échange bilatéral<sup>11</sup> avec l'exigence normative des droits de l'homme ? Dès lors que l'Union européenne (UE) sait faire la distinction entre cet effort global de participation à la promotion de valeurs universelles et cette construction multilatérale d'un rapport au quotidien avec les États

---

<sup>8</sup> James ROSENAU, *Turbulence in World Politics. A Theory of Change and Continuity*, Princeton University Press, 1990, p. 87-90.

<sup>9</sup> Bertrand BADIE et Marie-Claude SMOUTS, *Le retournement du monde*, Presses de Science Po, 1999, p. 25-43.

<sup>10</sup> Pour plus de détails sur les différentes approches consulter l'ouvrage de Trevor TAYLOR (ed.), *Approaches and theories in international Relations*, Longman 1978.

<sup>11</sup> La prolifération des accords de libre-échange et d'investissement, ces dernières années, est allée de pair avec une intensification et une extension des obligations qu'ils imposent et de l'espace géographique et thématique qu'ils couvrent. Socle et ciment de la globalisation néolibérale, ils renforcent l'asymétrie entre les États et les transnationales et accentuent les inégalités. D'où l'importance stratégique des résistances qu'ils soulèvent.

africains, quels qu'ils soient, son choix diplomatique serait plus clair<sup>12</sup>. L'une et l'autre de ces faces de l'action diplomatique en réalité se complètent. Si l'UE s'honore sur le plan multilatéral, elle sera d'autant mieux acceptée sur le plan international. Mais croire, en revanche, que par une action multilatérale utilisant les sanctions<sup>13</sup>, par l'exclusion, par la force et la coercition, on parviendra à faire progresser la cause des droits de l'homme en Afrique est aujourd'hui de moins en moins soutenable. La référence aux droits de l'homme dans une relation multilatérale et l'accomplissement coercitif d'un tel but sont pratiquement insoutenables<sup>14</sup>. On sait que l'usage de la force radicalise le partenaire, soit dans son désir de faire cavalier seul, soit dans une hostilité réactive<sup>15</sup>.

Ceci étant, notre recherche se penche essentiellement sur la question de savoir si les pressions de l'UE sur le processus de démocratisation et le respect des droits de l'homme sont efficaces<sup>16</sup> et

---

<sup>12</sup> Karl KAISER, « La politique internationale. Vers une théorie de la politique multilatérale », in Philippe BRAILLARD (dir.), *Théories des relations internationales*, PUF, 1977, p. 217.

<sup>13</sup> Les sanctions constituent un outil d'application dans le contexte de la politique internationale, au moyen de laquelle un acteur déploie une tentative ciblée, pour atteindre un certain changement dans le comportement d'un autre acteur. J. Brady LAWRENCE, « The Utility of Economic Sanctions as a Policy Instrument », in David LEYTON-BROWN (ed.), *The Utility of Economic Sanctions*, Sydney, 1987, p. 297-302.

<sup>14</sup> Voir *Bulletin UE* 1 / 2-2004.

<sup>15</sup> La multiplication des accords de libre-échange de l'Union européenne (ALE) ainsi que les arbitrages auxquels ils ont donné lieu, la révision par plusieurs pays de leurs accords, la mise en évidence de leurs impacts négatifs et leur retournement, enfin la menace qu'ils représentent sur l'UE, alimentent les résistances.

<sup>16</sup> A cet égard, on s'intéresse, à part l'aspect institutionnel du problème -la question de l'opportunité des sanctions- notamment à l'efficacité des mesures négatives dans le contexte de la coopération au développement. Pour pouvoir analyser l'influence spécifique des facteurs situationnels sur l'aspect qualitatif de la politique de sanctions de l'UE, l'instrument d'analyse des cas s'offre. Avec elle, une analyse basée sur les effets de l'importance des sanctions économiques et leurs résultats peut être menée. Le manque de littérature sur le sujet montre que l'intérêt de l'étude des sanctions économiques est en

dans quelle mesure la limitation de la force exécutoire et la réalisation des buts des sanctions économiques contre un pays ont une base individuelle ou fonctionnent dans le cadre d'une théorie de sanctions généralisable ? Il résulte des considérations développées et des réflexions préthéoriques les hypothèses suivantes. *Primo* : les acteurs du système international se comportent comme des utilités individuelles de maximisation<sup>17</sup> dans les domaines économique et politique. Il est supposé que les décideurs politiques représentent des acteurs endogènes du système économique-politique international et que leur action internationale est le résultat d'un processus décisionnel national sur la base de la maximisation de l'utilité des acteurs nationaux. *Secundo* : une transformation opérationnelle et inévitable des sanctions économiques, par des pertes de bien-être au niveau du système économique, par la perception des sanctions économiques<sup>18</sup> dans le système social et par l'instabilité d'un système politique, n'existe pas. A cet égard, les décideurs politiques se comportent comme des agents de maximisation dans les domaines politique et économique. Toutefois, les analyses sur le coût-bénéfice du point de vue économique sont clairement subordonnées à celles se situant sur le domaine politique.

S'agissant de discussion sur la démocratie, on n'a donc pas besoin de critères de pertinence ; les nombreuses preuves empiriques sur la relativité socioculturelle des évaluations et des normes en matière de politique suffisent. Cependant, les pays socialistes et ceux en développement sont différents des pays occidentaux dans la compréhension de la démocratie, dans laquelle on tient compte de théories complexes normatives. La théorie démocratique a également

---

général relativement faible. Les analyses actuelles sont plutôt les rapports d'évaluation et la littérature sur les opinions. Cependant, il faut noter qu'il s'agit d'un certain nombre d'études commanditées à l'aide d'une argumentation politique.

<sup>17</sup> Alain FENET (dir.), *Droit des relations extérieures de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 2006, p. 305.

<sup>18</sup> Les sanctions économiques comprennent à la fois des aspects économiques, politiques et juridiques qui en sont proches, ce qui incite à aspirer à une intégration de ces éléments par le biais d'une approche interdisciplinaire.

la tâche d'expliquer les systèmes politiques qui soutiennent la rationalité des décisions politiques. Un système axé sur les résultats essaie de garantir les libertés civiles, notamment la liberté d'expression<sup>19</sup>. On ne peut parler de l'État de droit d'une démocratie que lorsque les représentants peuvent exprimer tranquillement leur avis<sup>20</sup>. C'est pourquoi la séparation des pouvoirs devrait promouvoir cette liberté<sup>21</sup> comme une performance qualitative. Un système *input* essaie d'atteindre le processus politique par l'expression de la volonté et de l'intérêt articulés. Il faut mettre en place les structures appropriées pour s'assurer de décisions véritablement prises à partir de la participation de tous<sup>22</sup>. La démocratie se caractérise par le principe majoritaire. Mais est-ce que la volonté générale est vraiment la volonté de tous ? Et pourquoi les dissidents doivent-ils accepter une décision collective ? Les décisions prises sous la pression des groupes apparaissent : on parle ainsi d'un système fondé sur le rôle des

---

<sup>19</sup> Jean-François FLAUSS, « Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne », in Stéphane LECLERC, Jean-François AKANDJI-KOMBE et Marie-Joëlle REDOR (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, p. 137-172.

<sup>20</sup> Conseil de l'Union européenne, document n° 11855/12 du 25 juin 2012, renouvelé pour la période 2015-2019 sous la forme d'un « plan d'action sur les droits de l'homme et la démocratie » (doc. 10897/15 du 20 juillet 2015).

<sup>21</sup> Koffi AHADZI-NONOU, *Droits de l'homme et développement en Afrique sub-saharienne. Théories et réalités*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2018, p. 85-120.

<sup>22</sup> Gérard VANDERSANDEN, « Le traité de Lisbonne et le contentieux de la politique étrangère et de sécurité commune », in *Chemins d'Europe – Mélanges Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 671. Résorption seulement partielle toutefois, comme l'a relevé la Cour de justice dans son avis 2/13 en fondant son rejet de l'adhésion de l'Union à la CEDH notamment sur la possibilité qu'aurait la CEDH de connaître de certains actes relevant de la PESC sans qu'elle-même ne soit compétente pour juger de leur conformité aux droits fondamentaux (avis 2/13 préc. pts 249-257 et les remarques de J. RIDEAU, « L'incompatibilité du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH au regard du contrôle de la PESC. 'Les sages se rebiffent' », RAE/LEA 2015/1, p. 29).

membres des systèmes de pression<sup>23</sup>. Les choix peuvent également fortement dépendre de la satisfaction des électeurs.

Dans un modèle extrêmement pluraliste, la considération des intérêts sociaux ne peut pas être prise en compte au premier abord par le résultat des élections générales. Elle dépend de la façon dont les groupes d'intérêt peuvent influencer chacun des sous-systèmes politiques pertinents. Le pluralisme ne peut donc pas répondre de manière appropriée aux conflits fondamentaux et aux exigences d'un profond et rapide changement. C'est un modèle pour l'ajustement pacifique d'objectifs limités aux groupes fondamentaux. L'inconvénient, c'est que dans le cadre d'une adaptation éventuelle aux conflits refoulés, le modèle est durement compromis au détriment des objectifs progressistes. Dans une ambiance de crise, le système pluraliste s'autodétruit alors<sup>24</sup>.

Un système qui promeut la participation politique active en principe et exclut en même temps en grande partie la classe socio-économique la plus basse, demeure selon les critères démocratiques d'égalité, toujours vulnérable. Le modèle de participation n'échoue pas dans le domaine des systèmes politiques modernes, mais face à l'expansion et à la différenciation du domaine politique<sup>25</sup>. Il est un fait qu'en temps de paix, la politique est moins importante que dans la crise. Mais elle se divise en une variété de processus de prises de décision et de décisions individuelles dont chacune d'elle seule détermine une petite partie des politiques. En l'absence d'une

---

<sup>23</sup> George TZEBELIS, *Vetoplayers: How political institutions work*, New York, 2002.

<sup>24</sup> Francesco MARTUCCI, « Traité sur la Stabilité, la coordination et la gouvernance, Traité instituant le mécanisme européen de stabilité. Le droit international public au secours de l'UEM », *RAE/LEA* 2012/4, p. 717-731.

<sup>25</sup> Edward MORSE, *Modernization and the Transformation of International Relations*, New York, MacMillan Publishers, 1976, p. 25. Voir Léo GROSS, «The Peace of Westphalia, 1648-1948», in Robert S. WOOD (dir.), *The Process of International Organization*, New York, Random House, 1971, p. 42. Voir aussi Robert COX, "Production and Security", in Dewitt (David) *et al.* (dir.), *Building a New Global Order*, Don Mills, Oxford University Press Canada, p. 143-155.

autodétermination imposant d'incompatibles contraintes totalitaires à participer, c'est-à-dire afin que tout fait soit contre la faisabilité des modèles, les décisions politiques veulent préserver, même approximativement seulement, participation de tous les citoyens. La légitimité démocratique des décisions centrales passe ici par le principe de la mise en scène de la délégation et des élections indirectes.

Les processus centraux de prise de décision dans le système politique impliquent le postulat de la participation dans la théorie de la démocratie normative<sup>26</sup>. Cependant, se pose la question de savoir si au moins les besoins constants des membres de l'organisation par rapport à la performance de l'organisation peuvent être satisfaits ? C'est là le problème fondamental de la politique démocratique, parce qu'on doit encore déterminer comment une chance peut être donnée à l'individu de participer à la prise de décision, de conclure des accords par la recherche commune de compromis acceptables, en un mot d'exercer une influence pour imposer les pratiques démocratiques et les compétences politiques. C'est donc une raison pour la création des théories démocratiques complexes, qui doivent satisfaire des conditions dans lesquelles de nombreuses exigences peuvent être regroupées. Il faut l'indépendance des pressions venant des groupes d'intérêt organisés et de leurs alliés au sein des institutions politiques, afin que la politique puisse répondre à ces besoins, ces intérêts, ces problèmes et ces conflits. En outre, le public semble actif malgré son faible poids non quantifiable et la différenciation de ces personnes qui s'engagent pour un problème important à être souvent le seul défenseur effectif pour la plupart des besoins négligés de la société et des possibilités inexploitées. La solution pourrait être une tendance vers la professionnalisation du personnel administratif, de façon que la non-appartenance à la fonction publique, mais au contraire la compréhension naturelle scientifique et professionnelle, détermine l'orientation. Alors que la coopération autonome de la Communauté européenne (CE) avec l'Afrique s'appuie aujourd'hui principalement

---

<sup>26</sup> Raymond ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 1962, p. 91-109.

sur l'art. 179 (1) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TCE) et à la rigueur sur l'art 133 TCE, la coopération technique conçue de façon contractuelle se repose toujours sur différentes bases juridiques. L'art. 181 TCE fournit bien à la communauté dans ce domaine une autorisation générale pour conclure des accords internationaux avec des pays tiers et les organisations internationales, cependant les accords commerciaux avec les États africains doivent continuer à s'appuyer sur l'article 133 du TCE, les accords d'association sur la base de l'art. 310 TCE.

Les sanctions de l'Union européenne (UE) au Togo, au Zimbabwe et en Libye, pour ne citer que les plus connues en Afrique, révèlent certaines limites de la conditionnalité négative<sup>27</sup>. Bien que ces États aient été suspendus pendant des années par des mesures de sanctions économiques et en partie politiques de la CE et ses États membres, les objectifs déclarés d'une transformation démocratique dans ces pays ne se sont pas concrétisés. Le recours à des sanctions économiques comme moyen de la politique de développement de l'UE est déterminé par l'efficacité de ces sanctions contre ces États concernés et par le comportement de l'UE ou des États membres de l'Union Européenne, en particulier celui de la France ou de l'Allemagne. Compte tenu de la perte de la domination française fondée sur la dévolution structurelle du système international et les cas de sanctions en grande partie inefficaces au cours des dernières années, les chances de l'utilisation accrue des sanctions économiques semblent relativement faibles. Cela découle aussi de la légitimité des sanctions économiques, ce qui est plutôt douteux à nouveau en raison de l'inefficacité des sanctions.

Cependant, une utilisation réduite des sanctions économiques est peu probable, puisque ces mesures pour de nombreux acteurs internationaux représentent l'alternative la plus efficace pour une résolution de conflits internationaux violents. La raison pour l'appel à ces sanctions est que les acteurs qui participent à la comparaison des avantages à en attendre par rapport aux coûts de sanctions collectives seront utilisés pour subventionner les acteurs qui imposent ces

---

<sup>27</sup> L'UE avait suspendu sa coopération avec le Togo en 1993.

sanctions. L'augmentation du coût des sanctions économiques avec l'augmentation de la durée des sanctions conduit ainsi à réduire leur utilisation par les États membres de l'UE en vue d'une mise en œuvre et d'un suivi des sanctions. Enfin, on doit faire remarquer les deux termes positifs des effets de cohérence de la politique étrangère de l'art. 301 TEC 60. Premièrement, seules les règles permettent sans nul doute une mise en œuvre uniforme des sanctions économiques dans leur intégralité par la CE, car elles comprennent la compétence de sanctionner appartenant à la Communauté dans la gamme complète des relations économiques avec les pays tiers. Deuxièmement, en dépit des défauts à regretter, l'introduction de l'exigence de cohérence avec l'art. 3 TUE II en relation avec l'art. 301 TEC a conduit à une formalisation de la prise en considération de la PESC<sup>28</sup> et de la politique commerciale sur les sanctions. Cela est en soi un atout pour l'exigence de cohérence, car aucun des deux domaines ne peut être adopté complètement indépendamment l'un de l'autre. Le danger de la simple juxtaposition des politiques est donc au moins évité<sup>29</sup>.

En considération de ces approches théoriques en matière de promotion des droits de l'homme et de la démocratie, il est important de prêter attention aux conditions juridiques et politiques qui sont créées pour mettre en œuvre les concepts qui en découlent. Les développements suivants expliquent la conditionnalité et la coopération dans une perspective internationaliste, qui peut se décrire de manière non impérative comme fondamentale et éventuellement complémentaire pour cette recherche qui prend en compte les enjeux juridiques et politiques d'un multilatéralisme à la fois normatif (I) et réaliste (II) ce que la suite de notre travail se propose d'analyser.

---

<sup>28</sup> Les dispositions de la PESC ont été révisées par le traité d'Amsterdam et par le traité de Nice qui a initié la politique de sécurité et de défense commune (PSDC).

<sup>29</sup> Bertrand BADIE, *L'Impuissance de la puissance. Essai sur les incertitudes et les espoirs des nouvelles relations internationales*, Paris, Fayard, 2004, p. 247-258.

## I. Un multilatéralisme normatif voulu

Le succès des mesures abordées dans cette première partie de notre développement est toujours dépendant du contexte. Il est, entre autres, déterminé par la force politique et économique du pays concerné, la disponibilité des autres États à se joindre à l'action, le soutien dont jouit un régime répressif de la part de ses profiteurs et les élites du pays, ainsi que la mesure dans laquelle la pression externe peut s'allier aux mouvements de démocratie internes déjà existants. Tout dépend donc des clauses (*A*) et des régimes de sanctions (*B*) régissant l'application de ces accords.

### A. L'intégration de la clause des droits de l'homme et de la démocratie

Le scepticisme sur la question fondamentale de l'intégration des droits de l'homme dans le régime de Lomé se rapporte au contenu des dispositions pertinentes du traité<sup>30</sup>. Ces accords suscitent des interrogations en ce qui concerne leur pertinence (1) et leur spécificité (2).

#### 1. La pertinence du traité de Maastricht

Avec l'ancrage combiné de la conditionnalité<sup>31</sup> politique positive et négative, une intégration générale des droits de l'homme, des fondamentaux démocratiques, de l'État de droit et de la bonne gouvernance avec le développement de mesures de soutien ciblées et des mécanismes de dialogue spécifiques ainsi que la considération renforcée de répondre aux préoccupations des acteurs non étatiques dans tous les domaines de la coopération au développement, culmine dans l'accord de partenariat ACP-CE d'une certaine manière tout le

---

<sup>30</sup> Bertrand BADIE et Guillaume DEVIN, *Le multilatéralisme. Nouvelles formes de l'action internationale*, Paris, La Découverte, 2007, p. 153-162.

<sup>31</sup> Les conceptions des conditionnalités bilatérales s'avèrent différemment réfractaires aux intérêts étrangers au développement. La mise en œuvre cohérente ou incohérente de la conditionnalité dépend donc à la fois du degré d'intégration économique et politique des pays donateurs et bénéficiaires ainsi que du type de conditionnalité.

répertoire juridique de l'UE développé jusqu'à présent dans le domaine de la promotion des droits de l'homme et de la démocratie.

Dans la perspective des négociations sur un accord succédant à Lomé II, la Commission a changé –en partie pour correspondre à une demande du Parlement européen– dans un document de travail interne à partir d'une approche positive sur la question des droits de l'homme<sup>32</sup>. Dans le nouvel accord, aucune clause de pénalité ne devrait donc pas être incluse, mais seulement une note déclarative à propos du respect des droits de l'homme. Sous le titre *policy dialogue*<sup>33</sup> on devrait également pouvoir discuter, dans le contexte de la préparation des programmes indicatifs nationaux avec les États ACP, de l'avenir des évolutions macro-économiques et sectorielles en détail dans chacun des pays<sup>34</sup>. Même cette approche modérée a d'abord été prise avec précaution par la partie ACP. À la fin des négociations, un compromis a finalement été trouvé, lequel était considéré par la Communauté européenne (CE) comme un succès partiel<sup>35</sup>. Dans le préambule avec entre-temps 65 pays d'Afrique, Caraïbes et Pacifique (ACP) ayant signé le 8 décembre 1984 le troisième accord de Lomé<sup>36</sup>, les parties contractantes ont réaffirmé leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la

---

<sup>32</sup> Michael BARNETT et Martha FINNEMORE, « Political approaches », in Thomas G. WEISS et Sam DAWS (ed.). *The Oxford Handbook on the United Nations*. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 45-52.

<sup>33</sup> Leopold VON RANKE, « A Dialogue on Politics », in Théodore H. VON LAUE et Leopold RANKE, *The Formative Years*, New Jersey, Princeton University Press, 1950, p. 167-168.

<sup>34</sup> Inis L. CLAUDE, *Swords into Plowshares: The Problems and Progress of International Organization*, New York, Random House, 1971, p. 152-164.

<sup>35</sup> Patricia BUIRETTE-MAURAU, « Les Difficultés de l'internationalisation des Droits de l'Homme à propos de la Convention de Lomé », in *Revue Trimestrielle de Droit Européen* Nr. 21, 1985, p. 463-486

<sup>36</sup> Voir le texte : *The Courier* (1985) n ° 89, numéro spécial ; Commission européenne, L'accord de Cotonou signé à Cotonou le 23 juin 2000, révisé à Luxembourg le 25 juin 2005, révisé à Ouagadougou le 22 juin 2010 et le cadre financier pluriannuel 2014-2020, *Développement et coopération* - EuropeAid, 2014.

personne humaine<sup>37</sup>. La CE avait ainsi atteint l'absorption des droits de l'homme dans les formulations de la convention de Lomé, les pays ACP ont affaibli à leur tour leur effet en limitant le respect de la dignité humaine en termes de promotion des droits économiques, sociaux et culturels de manière significative. Une concession à la partie ACP a également été l'engagement des parties contractantes à être efficaces pour l'abolition de l'apartheid. Le concept du *policy dialogue* n'a pas été ajouté explicitement en tant que tel dans l'accord. Cependant il a été reconnu dans la pratique et est devenu une partie intégrante du processus de programmation. Dans l'ensemble, le nouvel accord a ainsi proposé, bien entendu, non pas une base dépassant le droit international général pour des mesures de sanctions négatives par la Communauté européenne, les droits de l'homme étaient abordés maintenant, mais pour la première fois en tant qu'objectif spécifique de la coopération ACP-CE<sup>38</sup>

Lomé III se distinguait ainsi de tous les autres accords de droit international de la CE jusqu'alors conclus. Ni les accords d'association négociés entre 1976-1978 avec les États du Maghreb et du Mashreq ni les accords de commerce et de coopération convenus au cours des années 1970 avec chacun des pays d'Amérique latine et d'Asie ne contiennent des dispositions similaires. Avec Lomé III un accent plus fort sur les critères politiques est également introduit dans les relations contractuelles de la communauté avec ces pays. L'accord de coopération de la CE et des États d'Amérique centrale du 12 novembre 1985 contenait déjà un avis correspondant. Dans son préambule, l'association entre les parties contractantes s'accordait avec les principes de la charte des Nations unies et avec les valeurs démocratiques, en particulier le respect des droits fondamentaux de l'homme, ainsi que de la dignité et de la valeur de la personne humaine. L'accord-cadre CEE-Amérique centrale de 1985 a donc été le

---

<sup>37</sup> Le paragraphe 4 du préambule de Lomé III correspondait au récit *verbatim* du deuxième motif de considération dans le préambule de la charte des Nations unies.

<sup>38</sup> Andrew F. COOPER (ed.), *Niche Diplomacy: Middle Powers after the Cold War*, Basingstoke, MacMillan, 1997, p. 27-52.

premier traité de la CE, qui -bien que seulement par programmation-faisait à la fois référence aux droits de l'homme et qu'au-delà sur « valeurs démocratiques » découlant.

Avec l'adoption de l'acte unique européen (AUE) de 28 février 1986, un renforcement des engagements des droits de l'homme de la Communauté et de ses États membres était scellé. Dans le préambule de l'AUE, un droit de base primaire contenait avec, entre autres, la coopération politique européenne (CPE), alimentée jusqu'ici de façon informelle, les États membres de la CE ont souligné leur détermination surtout pour les principes de la démocratie et de respect de la loi et les droits de la personne à laquelle ils se sentent obligés de s'engager selon l'obligation qu'ils ont prise en vertu de la charte des Nations unies, d'utiliser ensemble leur propre contribution au maintien de la paix mondiale et de la sécurité internationale<sup>39</sup>.

La même année, les ministres des Affaires étrangères des États membres et le Conseil, sur la réunion de la Communauté politique européenne<sup>40</sup> (CPE) du 21 juillet 1986, ont adopté une déclaration conjointe dans laquelle ils décrivaient le respect des droits de l'homme comme une "pierre angulaire" de leurs relations avec les pays tiers. Les ministres ont souligné l'importance de ces principes démocratiques et de l'État de droit et ont réaffirmé finalement que « la Communauté européenne et ses États membres, aussi bien dans le développement de ses relations avec les pays tiers que dans le règlement de leurs flux d'aide continueront à promouvoir les droits de l'homme, de sorte que les Hommes et les peuples parviennent

---

<sup>39</sup> Comme le caractérise le numéro d'*Esprit* de mai 2007, qui consacre trois articles au thème « Le rétrécissement de l'Europe et la sécurité internationale » ; cf., notamment, Nicole GNESOTTO, « La sécurité dans un monde post-occidental », p. 69-74. Voir aussi le préambule à l'*Acte unique européen*, 1986, 5<sup>ème</sup> tiret ; reproduit dans : *Bull CE* (1986), Supplément 2/86.

<sup>40</sup> La Communauté politique européenne était le projet de création d'une Communauté européenne chargée de définir une politique étrangère commune, à laquelle était subordonnée la création d'une armée commune, prévue par le projet de Communauté européenne de défense.

effectivement à une pleine jouissance de leurs droits économiques, sociaux et culturels ainsi que de leurs droits civils et politiques »<sup>41</sup>.

L'AUE, qui prévoyait également une révision partielle des traités de Rome, a renforcé en même temps la position du Parlement dans les relations extérieures de l'Union européenne (UE) par le biais de l'introduction d'un droit de consentement parlementaire obligatoire en concluant l'accord d'association de la Communauté. Les exigences soulevées par le Parlement européen (PE) même avant les négociations de Lomé IV, selon lesquelles la promotion des droits de l'homme devrait constituer la pierre angulaire de la nouvelle convention et être ancrée dans le texte du contrat, ont pris cette fois une importance particulière<sup>42</sup>. Néanmoins, la Commission a d'abord parlé, de façon relativement prudente, d'une « consolidation of the Lomé III approach to human rights », ce qui un peu plus tard s'est reflété dans les directives réservées aux négociations du Conseil<sup>43</sup>. Du moment que la partie ACP a suggéré de pouvoir accepter l'inclusion d'une affirmation plus large des droits de l'homme dans le contrat. Au cas où les dispositions relatives à la lutte contre l'apartheid seraient améliorées, la voie d'une solution négociée relativement rapide à cette question était aplanie<sup>44</sup>. Après qu'un accord ait été atteint, par la suite, sur les autres questions de la négociation, en particulier sur la question du contentieux du financement de la nouvelle convention, on procéda le 15 décembre 1989 à la signature de la quatrième convention de Lomé, qui a marqué sans doute, du point de vue des droits de l'homme, un tournant dans la coopération au développement de la communauté.

---

<sup>41</sup> Déclaration des ministres des Affaires étrangères de l'UE dans le cadre de politique européenne et du Conseil sur les droits de l'homme du 21.07.1986, *Bull. CE* (1986), n° 7/8.

<sup>42</sup> Voir *Résolution du PE* du 20.05.1988, *ABI*. C167 du 22.06.1988, p. 429 et s. Sect. 9, 12.

<sup>43</sup> Voir « Changement et continuité, Politique de la Commission sur la nouvelle Convention ACP-CEE », in *The Courier*, Nr. 109, V-VII, 1998.

<sup>44</sup> Demetrios James MARANTIS, "Human Rights, Democracy and Development, The European Community Model", in *Harvard Human Right Journal*, Nr. 7, 1994, p. 1-32.

*2. La spécificité de l'accord de Cotonou*

Le 23 juin 2000 à Cotonou (Bénin), le sixième accord entre les pays ACP, d'une part et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part a été signé<sup>45</sup>. Le nouvel accord de partenariat s'appuie sur les accords passés, mais apporte également de nouvelles fonctionnalités importantes, qui –de toute manière dans certaines zones– conduisent à un changement fondamental depuis déjà 25 ans de relations ACP-UE existantes<sup>46</sup>, du moment que l'accord peut entrer en vigueur, s'il est au moins ratifié par les deux tiers des États ACP ainsi que tous les États de l'UE et si la conclusion est également approuvée par le Conseil de l'UE. A l'exception des dispositions relatives au déblocage et à l'utilisation des fonds du nouveau protocole financier (9<sup>ème</sup> FED), l'accord de Cotonou est appliqué prématurément en raison d'une résolution du conseil des ministres ACP-CE du 2 août 2000. La coopération financière pendant la période de transition avec le reliquat des FED antérieurs est exécuté<sup>47</sup>. L'accord était conclu pour une durée de vingt ans. Cependant, après la fin de chaque période de cinq ans, il existe la possibilité sur demande des parties contractantes d'entreprendre un examen formel du contrat.

Les innovations matérielles de l'accord de Cotonou se rapportent principalement à cinq domaines. Cela comprend le renforcement de la dimension politique de partenariat, tant en termes d'expansion du dialogue politique que de spécification et d'expansion des éléments

---

<sup>45</sup> Voir accord de partenariat entre les membres du groupe des États ACP, d'une part et la CE et ses États membres, d'autre part du 23.06.2000, ABI. L 317 du 15.12.2000, p. 3.

<sup>46</sup>, Françoise MOREAU, "The Cotonou Agreement – New Orientations", in : ACP-EU Courier, *Special Issue : The Cotonou Agreement* (September 2000), p. 6-10.

<sup>47</sup> Résolution n° 1/2000 du conseil des ministres ACP-CE du 27.07.2000 sur les mesures de transition pour la période du 2 août 2000 et l'entrée en vigueur de l'accord de partenariat ACP-CE, ABI. L195 du 01.08.2000, p. 46.

politiques fondamentaux de la coopération<sup>48</sup>. Un deuxième point important réside dans l'appréciation du rôle de la société civile et de la participation des acteurs non étatiques dans les différents aspects de la coopération. En outre, au troisième point, la réduction de la pauvreté présentée comme un objectif primordial est placée au centre du partenariat dans le contexte d'une approche multidimensionnelle où l'accent de la coopération est mis sur le développement économique, sur le développement humain et social, sur les réformes institutionnelles, sur le développement durable et sur la coopération régionale. Des éléments qui sont systématiquement intégrés dans tous les domaines de coopération s'ajoutent : les aspects spécifiques du genre, les questions environnementales, le renforcement des institutions et le renforcement des capacités<sup>49</sup>.

Les objectifs et stratégies détaillés dérivés de cette approche ne sont pas inclus dans l'accord lui-même, mais sont rédigés sous la forme d'un "compendium" avec des textes de référence sur les différents domaines et secteurs qui sont à établir au sein du conseil des ministres et dont l'esprit de la flexibilité peut être vérifié, modifié ou complété<sup>50</sup>. Une quatrième innovation fondamentale réside dans le développement d'un nouveau cadre pour la coopération économique et la politique commerciale. Alors que le régime commercial actuel (accès au marché préférentiel pour plus de 60 % des produits ACP sans obligation de réciprocité) même pour une période transitoire n'excédant pas sept ans, reste en vigueur, les négociations et les accords de partenariat économique (APE) avec les pays ACP ont

---

<sup>48</sup> Andrew HURRELL ET Nicholas LEES, « International Organizations and the idea of equality », in Bob REINALDA (ed.), *Routledge Handbook of International Organization*, Milton park, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013.

<sup>49</sup> Cette approche correspond également, en dehors de la coopération avec les pays ACP, à la nouvelle politique générale dans le cadre de la CE ; voir « Déclaration du Conseil et de la Commission ».

<sup>50</sup> Voir Commission, « Communication sur le compendium de directives politiques dans des domaines ou secteurs spécifiques de la coopération qui doit être approuvé par la CE au Conseil des Ministres ACP, COM (2000) 424 final du 05.07.2000 ».

commencé en septembre 2002 et doivent entrer en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier de 2008.

La libération du commerce entre les parties membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), recherchée par cet accord, a été conclue pour une nouvelle période de douze ans. Comme cinquième pilier, le nouvel accord ACP-CE contient enfin une *réforme de la coopération financière*<sup>51</sup>. Le découpage de paiement dans le cadre des programmes indicatifs négociés (PIN) bilatéralement, déjà introduit depuis Lomé IV en 1995, s'est en conséquence développé davantage et débouche maintenant sur une programmation « coulissante ». A cet effet, les ressources qui sont attribuées à un État ACP sur la base d'une "stratégie de coopération" préparée conjointement, sont non seulement nécessaires, mais intègrent aussi des critères de performance. Ils sont fondés sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre des réformes institutionnelles, dans la gestion des ressources existantes ainsi que dans la stratégie de performance macroéconomique globale et sectorielle de chaque pays.

La stratégie du pays est examinée chaque année par l'adoption d'un PIN opérationnel, où l'allocation de la CE à chaque mi-temps et à la fin de la durée du protocole financier, peut être augmentée ou diminuée à la lumière de son examen. Le nouvel accord de partenariat contient deux suppléments et aussi un affinement des instruments déjà existants précédemment dans la perspective de la politique des droits de l'homme et de la démocratie de l'UE<sup>52</sup>. En suivant la systématique de ce travail, il est à indiquer à cet effet l'extension de ces critères constitutionnels, dont la négligence peut attirer vers eux-mêmes l'application des mesures négatives par une partie contractante. L'art. 9 de l'accord, qui en tenant compte de son importance pour les relations contractuelles est comparable à l'actuel art. 5 de Lomé IV en 1995, distingue désormais les éléments essentiels et les éléments fondamentaux. Au nombre des principales

---

<sup>51</sup> Voir annexe IV de l'accord de Cotonou ; *The Courier* (2000) Nr. 181, S. 24-25

<sup>52</sup> Charles KINDLEBERGER, *The World in depression, 1929-1939*, Berkeley, University of California Press, 1973. p. 354-360.

composantes du contrat, on compte comme auparavant le respect des droits de l'homme, les principes démocratiques. Sur la stratégie de développement de la Communauté européenne, la clause des droits de l'homme et de la démocratie (CDHD) initiale de la convention ACP-CE, n'a donc pas changé. En outre, un modèle de CDHD, une *clause de bonne gouvernance* se retrouve maintenant dans le texte du traité, qui élève le critère de la bonne gouvernance au rang d'élément fondamental du contrat. Une sémantique différente révèle un compromis parce que les États ACP ont combattu avec véhémence la reconnaissance de la bonne gouvernance comme élément essentiel dans le contexte de la clause générale de non-exécution de l'accord. Au lieu de cela, à l'art. 9 (3) al. 2, il a été explicitement retenu que seuls les cas graves de corruption constituent une violation du contrat qui justifie des mesures contre l'État fautif conformément à une clause de sanction spécifique<sup>53</sup>. Cela indique déjà que l'accord de Cotonou connaît deux clauses de non-performances : une clause générale en cas de violation des droits de l'homme, des principes démocratiques et de l'Etat de droit (art. 96) et une clause spécifique pour les cas graves de corruption, c'est-à-dire lorsque la Communauté est un partenaire important qui fournit un soutien financier pour les politiques économiques et les politiques et programmes sectoriels (art. 97). La clause générale de non-exécution est restée -par rapport à l'art. 366a de Lomé IV de 1995- dans sa structure essentiellement inchangée, bien que la déclaration interprétative précédemment donnée à l'annexe LXXXIII à Lomé IV 1995 est maintenant intégrée dans le texte de la clause.

Mais le processus de consultation à conduire sur la base de la clause a été modifié et ne sera plus obligatoire dans le cadre d'un organe particulier de règlement des différends (jusqu'alors la troïka de l'UE et de la Commission d'un côté et la troïka ACP et trois autres représentants ACP de l'autre). Il doit être exécuté dans la forme qui paraît la plus appropriée aux parties concernées<sup>54</sup>. Selon l'importance des cas, les consultations peuvent donc avoir lieu au niveau bilatéral,

---

<sup>53</sup> *Idem*, p. 268.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 360.

dans un organe réduit de l'ACP-CE ou au niveau supérieur comme le Conseil des ministres<sup>55</sup>. Cela vaut également pour les consultations ultérieures, s'il y a application immédiate des mesures appropriées par la partie adverse, nonobstant le dialogue politique global entre les parties contractantes à cause d'une hâte particulière. La durée maximale de la consultation a également augmenté, passant de trente jours à soixante jours. Dans l'ensemble, à partir du nouveau régime, il y a un effort pour appliquer la clause de non-exécution de l'accord non pas comme un processus de sanction, mais comme un mécanisme de dialogue. Cela vaut seulement à l'égard des cas graves de corruption de l'art. 97, même si l'identification de ces cas par des tiers extérieurs dans la pratique est encore controversée, ainsi qu'en application de la clause sur l'existence de violations graves et flagrantes des droits de l'homme ou des principes démocratiques. Il en va de même si aucune justification fondée avec une hâte particulière pour l'application immédiate ne prend la forme de mesures appropriées.

La tentative entreprise avec l'art. 9 de l'accord de Cotonou présente une autre nouveauté en prenant en compte les définitions des éléments du contrat jugés essentiels ou fondamentaux dans le texte du traité lui-même. Tandis qu'à propos du respect des droits de l'homme, on renvoyait seulement en termes généraux à leur universalité, à leur indivisibilité et leur interdépendance ainsi qu'aux obligations internationales et aux engagements des parties, on entrait dans un territoire largement inexploré avec la description plus précise des principes démocratiques de l'Etat de droit et de la bonne gouvernance dans une perspective de respect des traités. Le plus révélateur à cet effet est la définition juridique du principe de la bonne gouvernance, qui fournit un résumé de la définition du concept offert déjà par la Commission dans sa communication du 12 mars 1998. Les principes

---

<sup>55</sup> Conformément à l'article 96 de l'accord de Cotonou ; Doc. UE 12476/00 (Presse 399) du 26 octobre 2000. Voir également la proposition pour une résolution du Conseil relative à la conclusion avec Haïti selon l'art. 96 de la convention de Cotonou, Consultations ouvertes, COM (2000) 856 final, du 21.12.2000.

de la démocratie sont explicitement présentés, sur un ton presque apodictique, comme des « principes mondialement reconnus » dont le contenu normatif reste largement ouvert et donc impliquant la recherche des instruments pertinents pour assurer le respect international des droits de l'homme, du droit international général et de la pratique des États. En affirmant que l'organisation de l'État doit être fondée sur ces principes pour assurer la légalité du pouvoir d'Etat et la légalité de ses actions, qui dans le système constitutionnel, juridique et administratif se reflète dans l'existence de mécanismes de participation<sup>56</sup>, l'accord de Cotonou donne des instructions supplémentaires juridiquement contraignantes pour identifier le contenu juridique concret des principes démocratiques universellement valables au sens où l'entendent les parties contractantes.

Nous retenons que pour promouvoir les droits de l'homme et de la démocratie il a fallu, à l'Union européenne, intégrer une clause dans les accords de partenariat. Pour rendre efficace leur action, les accords prévoient des dispositions incitatives pour encourager les bonnes pratiques. A l'inverse, les mesures draconiennes sont des dispositions destinées à dissuader les contrevenants potentiels au respect des droits de l'homme et aux principes démocratiques. La suite de notre travail apporte des éléments pour élucider ces sanctions.

### ***B. Les sanctions de l'Union européenne***

Seules, les mesures positives ne suffisent plus pour promouvoir la démocratie (1), il faut prendre des mesures draconiennes (2) pour imposer cette démocratie qui se veut désormais universelle.

#### *1. Les mesures positives*

Pour imposer les droits fondamentaux de l'homme et les principes démocratiques dans le contexte de l'accord conventionnel (accord sans conditionnalité), le concept juridique de l'art. 62 (1) de la convention

---

<sup>56</sup> Voir : art. 9 (2) alinéa 2 de l'accord de Cotonou.

de Vienne doit être appliqué. Cependant son application est soumise à des barrières juridiques internationales<sup>57</sup>. Il devrait être prouvé que le respect des droits humains et des principes démocratiques était une base essentielle de la volonté des parties lors de la signature du contrat et que la violation de ce consensus par une partie a changé les circonstances par une refonte complète du montant de l'obligation contractuelle exceptionnelle au détriment de l'autre. Même si dans un cas où le respect des droits humains et de la démocratie, en particulier depuis la fin des années 1980 dans le cadre des accords essentiels de la CE à une base de consensus a été promis, leur mépris par un partenaire de la CE conduira rarement à un changement radical des obligations contractuelles attendues de la communauté<sup>58</sup>.

Les mesures positives dans le contexte actuel désignent toutes les mesures financières et d'assistance technique ainsi que de dialogue politique, avec une contribution directe ou indirecte pour la promotion des droits de l'homme et pour les principes fondamentaux démocratiques dans les pays tiers<sup>59</sup>. A la différence de la conditionnalité négative, par laquelle du fait de violations continues des droits de l'homme ou de l'interruption du processus démocratique, la coopération est modifiée, suspendue ou résiliée, les mesures positives ne possèdent fondamentalement ni le caractère de punir, ni celui de récompenser. Elles ne sont pas à même d'être assimilées à une conditionnalité positive occasionnellement désignée comme telle. Dans ces contextes, des services ou des prestations supplémentaires dérivant au-delà du niveau normal de la coopération contractuelle ou autonome sont placés en perspective de telle sorte que le bénéficiaire doit prouver des progrès particuliers dans le

---

<sup>57</sup> John J. MEARSHEIMER, « The false promise of international institutions », in *International security*, 19, 3, 1995, p. 5-49.

<sup>58</sup> Pieter Jan KUIJPER, "Trade Sanctions, Security and Human Rights and Commercial Policy", in Marc MARESCHEAU (dir.), *The European Community's Commercial Policy after 1992, The Legal Dimension*, London, 1993, p. 387-422.

<sup>59</sup> Edward NEWMAN, Ramesh THAKUR ET John TIRMAN (ed.), *Multilateralism under Challenge: Power, International Order and Structural Change*, Tokyo, United Nations University, 2006.

domaine de la démocratisation et de la protection des droits de l'homme<sup>60</sup>.

Dans un sens étroit, le concept de mesures positives désigne le soutien ciblé en faveur de programmes et de projets qui sont orientés vers le développement et vers la consolidation des structures démocratiques et constitutionnelles, vers le respect des droits humains, vers le renforcement de la société civile et vers l'établissement de la gouvernance dans le pays bénéficiaire<sup>61</sup>. Ces mesures regroupent l'ensemble du dispositif d'assistance financière et technique, y compris le conseil et la formation, de même que le renforcement des capacités humaines et institutionnelles<sup>62</sup>. Pour la Communauté européenne, le Conseil a déjà, dans sa résolution sur les droits humains, la démocratie et le développement du 28 novembre 1991, fixé les mesures de base pour atteindre la promotion positive proposée antérieurement par la Commission et le Parlement.

Parmi les soutiens actifs des pays en développement à la mise en place d'institutions démocratiques, on peut citer : la tenue des élections<sup>63</sup>, le respect des droits civils et politiques ainsi que le renforcement de la justice et du système judiciaire comme des mesures de bases. A cela s'ajoutent le soutien des ONG et d'autres organismes qui sont nécessaires pour une société pluraliste et l'adoption d'une conception décentralisée de la coopération. La promotion des ONG et de la coopération décentralisée avec les acteurs locaux étatiques et non étatiques dans les pays du Sud -ainsi que du « dialogue politique constructif » mentionné par le Conseil au

---

<sup>60</sup> Franck PETITEVILLE, « L'hégémonie est-elle soluble dans le multilatéralisme ? Le cas de l'OMC », *Critique internationale*, n° 22, 2004, p. 63-76.

<sup>61</sup> James N. ROSENAU, « Le Nouvel ordre mondial : forces sous-jacentes et résultats », *Etudes internationales*, Vol. 23, n° 1, 1992.

<sup>62</sup> Bruno SIMMA, Jo Beatrix ASCHENBRENNER et Constanze SCHULTE, "Human Rights Considerations in the Development Cooperation Activities of the EC", in Philip ALSTON (dir.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, 1999, S. 571-626

<sup>63</sup> Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, vol. 129, n° 2, 2009, p. 115-125.

même endroit- peut être classée dans l'éventail des mesures positives au sens le plus large. Elles décrivent les mesures qui ne sont pas principalement et certainement orientées vers le renforcement de la démocratie et le respect des droits de l'homme dans les pays en développement, mais qui peuvent contribuer à la promotion de la démocratie et des droits de l'homme et par là être utilisées comme un instrument positif supplémentaire dans ce domaine.

Les bases juridiques de l'assistance financière et technique de la CE pour les programmes et des projets dans le secteur « droits de l'homme et démocratie », devraient initialement s'orienter vers une distinction entre les lignes budgétaires spécifiques disposées à cet effet et les fonds généraux provenant du budget de l'UE et le FED pour financer la coopération de la CE avec les pays tiers ou des groupes de pays. Les premières (les lignes budgétaires spécifiques) fonctionnent par l'adoption de "règlements des droits de l'homme", sur une base juridique uniforme qui a été récemment créée pour établir les secondes (les ressources ordinaires de la coopération au développement, tant qu'elles sont applicables aux fins de promotion des droits de l'homme et de la démocratie). Les instruments communautaires sont destinés à régler la coopération financière et technique, c'est-à-dire principalement les règlements financiers autonomes du Conseil concernant la coopération avec les pays de l'Asie et d'Amérique latine (AAL), les pays méditerranéens et l'Afrique du Sud ou de l'accord ACP-CE dans le cas de la coopération avec les États ACP. La majeure partie des mesures soutenues par l'UE est enregistrée comme une assistance à projets par lesquels la Communauté coopère principalement.

Dans le cadre de la coopération ACP-CE, l'art. 5 (3) de Lomé IV 1989 avait déjà prévu que les ressources financières du FED pouvaient être utilisées en harmonie avec les règles générales sur le financement du développement et aussi pour la promotion des droits de l'homme dans les États ACP, à condition que les pays concernés fassent eux-mêmes une demande de soutien des actions concrètes publiques et privées. La possibilité créée par le financement des mesures positives des fonds FED a été étendue. D'un côté, conformément à l'art. 5 (3) de Lomé IV 1995, les ressources du FED, sur demande aussi en vue de

promouvoir la démocratisation, les droits de l'homme et la bonne gouvernance peuvent être mobilisées<sup>64</sup>. De l'autre, depuis Lomé IV 1995, des fonds supplémentaires pour soutenir la réforme des organes de l'Etat et de l'administration ont été promis aux États ACP, afin de compléter les mesures déjà prises dans leur programme indicatif national (PIN), en particulier dans la phase de préparation et de lancement des projets et programmes respectifs<sup>65</sup>. Le second protocole financier de Lomé IV réserve à cet effet quatre-vingt millions d'euros exclusivement pour les fonds de démarrage des projets de réforme ayant pour objectif la démocratisation et le renforcement de l'État de droit. Avec ces ressources liées à ces buts, un stimulant devait être donné aux pays ACP, en vue d'accueillir des mesures de promotion des droits de l'homme et de la démocratie dans la planification de leurs programmes indicatifs pour présenter des propositions correspondant aux vœux de la Commission<sup>66</sup>.

L'interprétation de la loi doit être cependant effectuée différemment si les mesures financées par le donneur se déploient sans l'autorisation formelle du gouvernement du pays destinataire pour la promotion d'initiatives en faveur des droits de l'homme et de la démocratie et en provenance des institutions non-étatiques<sup>67</sup> (des ONG, des communautés de base, des associations, des coopératives, des syndicats, etc.). Dans la mesure où les autorités de l'État dans de tels cas ne se sont pas expressément exprimées contre le soutien d'une organisation particulière, le donneur pourra supposer, en son âme et conscience, que l'Etat receveur ne considère pas ces mesures comme une ingérence illégale.

L'hypothèse d'un consentement au moins tacite du gouvernement concerné a, à cet égard, le caractère d'une présomption réfutable, ce

---

<sup>64</sup> Voir art. 5 (3) de Lomé IV 1995 est à regarder comme contrepartie positive à la clause de conditionnalité de l'art.5 (1) 3. al. Lomé IV.

<sup>64</sup> Voir art. 5 (3) et art. 224m de Lomé IV 1995.

<sup>65</sup> Voir art. 3 (2) lit. iv 2<sup>ème</sup> protocole financier de Lomé IV.

<sup>66</sup> Gordon CRAWFORD, "Whither Lomé? The Mid-Term Review and the Decline of Partnership", in *Journal of Modern African Studies* 34 (1996), p. 503-518.

<sup>67</sup> Franck PETITEVILLE, *Le multilatéralisme*, Paris, Montchrestien, 2009.

qui est d'autant plus proche de la réalité que l'État receveur lui-même, par son adhésion aux conventions internationales et régionales ou aux instruments de politique a déjà fait savoir sa disponibilité à respecter et à promouvoir les droits de l'homme et les principes démocratiques. Mais si un Etat contredisait délibérément la mise en œuvre d'un projet sur son territoire, son soutien direct sur place par le donateur ne serait guère possible<sup>68</sup>. Ceci pour des raisons pratiques. En ce sens, la Commission de la CE a annoncé dans le cas d'une interruption officielle de la coopération technique, une continuation du soutien aux ONG. Par conséquent, deux conditions<sup>69</sup> sont fixées : qu'il n'y ait pas d'interférence de la part du gouvernement responsable de la situation et de ses fonctionnaires et que ce soutien soit uniquement donné aux projets concernant les exigences immédiates de ceux qui sont dans le besoin ou pour la diversification des structures de la société civile ou pour les droits de l'homme et donc à la base pour la promotion de la démocratie.

Cela semble être cohérent avec des dispositions juridiques internationales résultant du principe du respect de l'intégrité territoriale. Le terme « ingérence » reste utilisable si l'ONG appuyée par la CE est menacée à cause de ses protestations contre le gouvernement concerné ou en cas d'empêchement d'activité des acteurs subventionnés dans le pays bénéficiaire. Dans la perspective d'une interdiction de l'intervention, la promotion des acteurs de la société civile sera naturellement concevable dans des situations exceptionnelles en vue d'exercer une pression sur le pays destinataire approprié. L'examen des actions appropriées de la part du donateur doit être effectué à partir des cas individuels. La mise au point de ce travail et l'importance sociale et politique des organisations dans le pays bénéficiaire sont à prendre en considération. Du point de vue du droit international, il est plus prudent de soutenir des ONG

---

<sup>68</sup> J. RUGGIE (ed.), *Multilateralism Matters. The Theory and Praxis of an Institutional Form*, New York, Columbia University Press, 1993.

<sup>69</sup> Commission, "Report on the Implementation of the Resolution of the Council and the Member States Meeting in the Council on Human Rights, Democracy and Development", adopté le 28 November 1991.

indépendantes et qui cherchent à promouvoir les droits humains, que d'aider les organisations qui cherchent à conquérir le pouvoir, même si celles-ci utilisent des moyens pacifiques.

Aujourd'hui, une action similaire doit être mise en œuvre en faveur d'une assistance financière et technique en faveur des organisations non-gouvernementales dans leur travail de promotion et de protection des droits et des libertés fondamentales, par rapport à celles qui se consacrent à leur respect, par rapport à l'application universelle de ces droits et à un engagement spécifique en droit international.

## *2. Les mesures négatives*

Les mesures négatives désignent toutes les mesures de l'UE qui, dans le cas de violations graves des droits de l'homme ou d'interruption du processus démocratique dans un pays en développement peuvent entraîner la modification, la restriction, la suspension ou la résiliation complète de la coopération au développement de l'État fautif<sup>70</sup>. Le but de ces mesures réside dans le fait d'amener l'Etat concerné à se raviser et à restaurer les libertés souhaitées par la Communauté par le biais de la conditionnalité politique de la coopération. Le Conseil et les représentants des gouvernements des États membres réunis en son sein ont déjà donné l'éventail possible des mesures négatives dans la coopération pour le développement<sup>71</sup> en cas de violation de leur résolution de novembre

---

<sup>70</sup> Il est ainsi très révélateur que la Commission dans sa communication conjointe au Parlement et au Conseil intitulée « Les droits de l'homme et la démocratie au cœur de l'action extérieure de l'UE – vers une approche plus efficace » (COM(2011) 886 final du 12 déc. 2011) affirme, certes, que l'action extérieure doit respecter les droits définis dans la charte des droits fondamentaux (p. 7) mais pour ensuite cantonner la charte sur le seul plan interne au titre de la nécessaire exemplarité dont l'Union doit faire preuve en respectant les « droits fondamentaux » afin de renforcer son action de promotion des « droits de l'homme » sur la scène internationale (p. 16-17).

<sup>71</sup> Voir la résolution du Conseil et des représentants des États membres réunis sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement du 28 novembre 1991 ; *Bull. CE* (1991), n° 11, Para. 2.3.1., pt. 6.

1991, sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement. Une vue d'ensemble détaillée sur les mesures potentiellement applicables de la part de la CE (ou de l'Union, pourvu qu'il s'agisse des mesures en dehors du domaine de compétence de la communauté), n'a été présentée qu'en février 1994 par la Commission, d'après laquelle la CE ou l'UE disposent, en fonction de la gravité du cas particulier, de mesures<sup>72</sup> telles qu'une démarche confidentielle ou publique, des modifications dans le contenu des programmes de coopération ou la sélection d'autres partenaires pour le projet, le report des décisions sur la mise en œuvre de la coopération, des restrictions dans les programmes en matière culturelle, scientifique et de coopération technique, le report de la réunion d'un comité mixte, la suspension des contacts bilatéraux de haut niveau, l'ajournement de nouveaux projets, le refus de soutenir les initiatives du partenaire, la suspension des opérations militaires, la suspension de la coopération militaire, l'embargo commercial, la suspension de la coopération avec les États concernés.

Sur cette liste, il est frappant de constater qu'une partie des mesures rédigées par la Commission prévoit l'existence de relations contractuelles de la CE avec chaque pays tiers. Cela concerne en particulier l'ajournement des réunions d'un comité mixte, parce que ces institutions étaient installées dans le cadre d'accords internationaux avec des pays tiers ou des groupes de pays<sup>73</sup>. Le refus d'accepter les initiatives d'un partenaire, intervient seulement dans le cadre de relations contractuelles conçues comme une mesure négative. En dehors des relations contractuelles, le refus d'une demande ou d'une initiative d'un pays tiers peut être considéré comme un acte inamical, mais pas comme une sanction. En outre, dans le contexte du traité sur l'Union européenne (TUE), il est à retenir que certaines des mesures négatives citées dans le rapport de la commission dépassent

---

<sup>72</sup> Voir Commission, Rapport sur la mise en œuvre de la résolution du Conseil et du représentant des États membres réunis sur les droits de l'homme, la démocratie et le développement du 28 novembre 1991, COM (94) 42 Final, du 23.02.1994, p. 7.

<sup>73</sup> *Le Courrier* (1998), n° 167, p. 7.

clairement le domaine de compétence de la coopération pour le développement communautaire. Ainsi, la rupture des contacts bilatéraux de haut niveau constitue une mesure dans le cadre de la politique étrangère des États membres, ce qui peut entraîner dans les cas extrêmes l'interruption de toutes les relations diplomatiques entre les États de l'UE avec le pays tiers concerné. Une telle mesure de rétorsion peut aussi être complétée par des actions de la Communauté européenne telle que le rappel du chef de la délégation de la Communauté Européenne sur place<sup>74</sup>.

La suspension de la coopération militaire peut être décidée au niveau de l'UE<sup>75</sup> dans le cadre de la politique étrangère et de la sécurité commune (PESC)<sup>76</sup> sous la forme d'un embargo militaire. Les pays en développement peuvent aussi être visés par ces mesures<sup>77</sup>. La même logique s'applique aux embargos décidés par l'UE dans les relations commerciales et économiques et imposés soit indépendamment, soit dans le cadre de la mise en œuvre des décisions du Conseil de sécurité de l'ONU en vertu de la PESC, en application de l'art. 301 du traité CE sur la mise en œuvre du droit communautaire<sup>78</sup>. Bien que de telles mesures puissent être prises contre de graves violations des droits de l'homme telles que l'interruption du processus démocratique dans un pays tiers, elles sont du point de vue juridique, liées à la politique commerciale de la CE. Le cas échéant, les actions négatives suivantes restent d'actualité surtout dans le cadre de la coopération technique contractuelle et non

---

<sup>74</sup> *Bull. UE* (1995) n° 11, par. 1.4.7. et 1.4.110.

<sup>75</sup> Pierre HASSNER, « Le siècle de la puissance relative », *Le Monde*, mercredi 3 octobre 2007, p. 20 et 21.

<sup>76</sup> L'Union européenne face à la multipolarité et au multilatéralisme, in « Le rétrécissement de l'Europe et la sécurité internationale », *Esprit*, mai 2007, p. 54-68.

<sup>77</sup> Ces mesures apparaissent, du point de vue juridique, en dehors du cadre étroit de la coopération technique de la Communauté. C'est pourquoi elles demeurent exclues de la présente observation.

<sup>78</sup> Sebastian BOHR, "Sanctions by the United Nations Security Council and the European Community", in *European Journal of International Law* (EJIL) Nr. 4, 1993, p. 256-268.

contractuelle de la Communauté : le sursis de services et de ressources conclus ou promis (ce qui inclut aussi bien le report des décisions sur la mise en œuvre de la coopération qu'un retard pour de nouveaux projets), la modification du contenu des programmes ou des canaux utilisés pour la coopération, la suspension partielle ou totale de la coopération et –comme dernier recours- la cessation complète de la coopération. S'y ajoute le refus d'acceptation ou de continuation des relations de coopération déjà pratiquées à maintes reprises dans le passé avec les pays dont le bilan en matière de droits de l'homme ou démocratiques apparaît discutable.

Globalement, les sanctions sont une des ressources juridiques et de sécurité nécessaires pour contrer les attaques militaires et les autres violations des principes généraux du droit des peuples<sup>79</sup>. Bien que les sanctions soient souvent décriées, maltraitées et mal comprises, elles valent cependant comme des moyens utiles d'influence et de pression de la politique étrangère à l'égard d'autres Etats pour effectuer un changement dans la politique souhaitée. L'interdiction de l'utilisation de la force militaire, la fin du système bipolaire et les violations des droits de l'homme ont considérablement augmenté la volonté des Etats d'utiliser des pressions politiques et économiques. Avec l'utilisation accrue des sanctions, des doutes croissent quant à leur efficacité. Pendant longtemps, il n'est pas toujours possible de mettre en œuvre les objectifs de ceux qui imposent des sanctions. Un examen plus attentif de la jurisprudence en matière de droit international public montre que les sanctions peuvent apporter une contribution importante à la résolution des conflits politiques. Il est important que des objectifs clairs et légitimes avec des sanctions finement réglées soient autant que possible poursuivis. Pour assurer l'efficacité des sanctions, il est nécessaire de les coordonner avec une attention particulière aux caractéristiques politiques, économiques et sociales du pays destinataire, en vérifiant les objectifs qui peuvent être atteints le plus probablement et quelles sanctions peuvent faire partie d'une stratégie globale, à long terme, pour atteindre la cohérence et la

---

<sup>79</sup> Kay HAILBRONNER, "Sanctions and Third Parties and the Concept of Public International Order", *AVR*, vol. 30 (1), 1992, p. 2-13.

crédibilité. La question de l'efficacité des sanctions dans le contexte européen peut donc être traitée comme suit : il est de la responsabilité des États de l'Union européenne de décider s'ils veulent utiliser l'instrument des sanctions, en particulier les sanctions économiques et, si oui, sous quelle forme cette utilisation peut servir au maintien de la paix et pour la protection des droits de l'homme de manière optimale. Il en résulte que les sanctions qui sont conçues comme un instrument de contrôle de la politique étrangère devraient également être appliquées en fonction d'une stratégie de politique étrangère.

En conséquence, il est nécessaire d'approfondir la réflexion sur la conditionnalité de l'UE et d'analyser sa légitimité. L'on ne doit pas sous-estimer les problèmes d'application des sanctions malgré les mesures pour assurer leur cohérence au sein de l'UE. Les sanctions correspondent à une prise en compte de ses intérêts par le pouvoir. Dans ce contexte, il est important d'analyser l'efficacité de l'action politique du point de vue de l'applicabilité des mesures de promotion dans le cadre de la coopération en faveur du développement. En cas de sanction, il s'agit d'un rapport asymétrique ou vertical. Les sanctions, en plus de l'objectif souhaité, peuvent exercer une pression sur le pays visé et avoir d'innombrables effets secondaires inattendus. Les impacts sur la société dans le pays cible peuvent être si graves qu'ils risquent, en fin de compte, d'avoir des conséquences jusque sur leur vie pour de larges pans de la société. Une non prise en compte des conséquences humanitaires peut poser la question de la conformité avec le droit international. En outre, il endommage la réputation et les objectifs généraux de l'Union européenne. On peut s'attendre à ce que, compte tenu du climat social, la volonté de soutenir la légitimité des sanctions baisse à la lumière de ses effets humanitaires catastrophiques. Le succès des sanctions est donc discutable.

La normativité voulue dans une approche multilatéraliste prouve que la promotion des droits de l'homme et de la démocratie doit être considérée comme l'objectif de la suspension de la coopération. Le *corpus* des normes de la communauté et du droit international imaginées dans ce but a maintenant pris une importance considérable et représente au total une base solide pour la mise en œuvre d'une

politique conséquente des droits de l'homme et de la démocratie vis-à-vis de l'Afrique. Depuis décembre 1998, le Conseil européen a affirmé que la reconnaissance de l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et la responsabilité de protéger et de promouvoir vont de pair avec la promotion de la démocratie pluraliste et de la garantie efficace de l'État de droit correspondant aux objectifs essentiels de l'Union Européenne, qui se considère comme une communauté de valeurs<sup>80</sup>. Pour défendre ces valeurs, l'UE n'hésite pas à subordonner sa coopération à des critères économiques, financiers, politiques ou environnementaux. La conditionnalité est désormais associée à tout financement accordé par des bailleurs de fonds, aux pays en développement dont l'Afrique. L'action de l'Union européenne en direction de l'Afrique constitue un bon exemple des contreparties exigées pour l'octroi de l'aide multilatérale, en conditionnant leur attribution à la prise en compte du respect des droits de l'homme et de la démocratie. L'approche européenne des relations internationales se voudrait également fondée sur un pragmatisme et un réalisme qui garantissent ses intérêts.

## II. Un multilatéralisme réaliste intéressé

Dans cette deuxième partie de notre développement l'accent est mis sur l'application la plus uniforme possible des mesures dans les différents cas et à différents moments, à condition que les cas individuels de par leur nature même, soient comparables entre eux<sup>81</sup>. Il a déjà été indiqué plus haut que la Communauté, en particulier dans la gamme de ses sanctions contre les pays tiers montre des déficits. La focalisation de la Communauté sur les questions de conditionnalité (A) jusqu'à très récemment observée surtout avec les Etats partenaires africains de la convention ACP-CE a non seulement

---

<sup>80</sup> Déclaration de l'Union européenne du 10.12.1998 à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire de la déclaration universelle des droits de l'homme, *Bull. UE* (1998) n° 12, par. 1.3.22, sect. A.

<sup>81</sup> François DUCHÊNE, « The European Community and the Uncertainties of Interdependence », in Max KOHNSTAMM and Wolfgang HAGER, *A Nation writ large?* Londres and Basingstoke, The Macmillan Press, 1973, p. 19-20.

déclenché certaines critiques acerbes et des reproches de partialité relativement à leur rôle d'acteurs dans le processus de règlement de conflits (**B**).

*A. La conditionnalité active de la coopération de l'Union européenne*

Au sein de l'UE, les problèmes de conditionnalité politique ne sont pas (comme à la Banque mondiale) liés à l'efficacité, mais aux lacunes dans sa mise en œuvre. Cette constatation et l'obligation de cohérence avec le traité de Maastricht n'ont rien changé du moment que les propositions de la Commission s'agissant du caractère opérationnel de cette partie du contrat ne semblent pas suffisantes<sup>82</sup>. D'où la nécessité de repenser l'instrument (1), pour mieux cerner le mécanisme (2) de cette conditionnalité.

*1. L'instrument*

En abordant le côté normatif de la conditionnalité, le problème du lien entre le développement et les droits de l'homme en raison de sa haute normativité doit être traité de façon urgente. Aucune corrélation réelle entre les droits humains et le développement ne sera prise comme base, mais on essayera de dicter les droits de l'homme comme un objectif ou tout simplement comme une condition du développement. Les droits de l'homme sont alors instrumentalisés pour d'autres objectifs politiques. D'un point de vue juridique, dans ce contexte, la question pourrait être d'abord posée de savoir si par l'inscription d'une CDHD depuis 1995 et d'une clause de non-exécution dans tous les nouveaux accords avec des pays tiers en incluant des clauses appropriées dans les ordonnances financières autonomes du Conseil, il paraît possible de désamorcer les problèmes de cohérence dans l'avenir. Après tout, c'est avec la diffusion progressive de ces clauses et après les éclaircissements ayant suivi les questions posées par sa mise en œuvre et sur les compétences de la communauté en maintenant une approche globale des instruments

---

<sup>82</sup> Robert COOPER, *The Breaking of Nations. Order and Chaos in the Twenty-first Century*, Londres, Atlantic Books, 2003.

juridiques à disposition, que l'application des mesures négatives de la CE, du moins d'un point de vue juridique, ne rencontre plus aucun obstacle important sur son chemin.

La création d'instruments juridiques appropriés ne garantit pas leur application cohérente dans la pratique<sup>83</sup>. Dans la mesure où la décision d'imposer des sanctions dures au sein du Conseil dépend de la volonté des États membres de réagir aux situations comparables avec des moyens similaires, en cas d'écart au sein d'une nation avec la CDHD. Il faut s'interroger pour savoir si la communauté est en mesure d'assurer une approche cohérente et uniforme dans chaque cas de violation grave des droits de l'homme ou des principes démocratiques. La pratique maintenant en cours consistant à s'appuyer, au sein du Conseil, sur des décisions de suspension de l'aide, prises dans la plupart des cas à la majorité qualifiée, peut minimiser la dépendance de la CE par rapport aux intérêts spécifiques des différents États<sup>84</sup> (en particulier des anciens pouvoirs coloniaux). Cependant, comme l'a démontré une pratique récente, un procédé cohérent continu de la Communauté n'est pas nécessairement garanti.

Pour faire face à ce problème avec des critères normatifs, la solution serait de laisser décider une autorité indépendante, peut-être même judiciaire sur la présence ou l'absence de motifs de sanctions et sur les conséquences qui en découlent. Une autre solution serait d'annoncer une position, en vertu de laquelle la Communauté s'engagerait à répondre à toute violation de certaines normes et règles en fonction des caractéristiques de l'infraction et de façon à ce que le type de réponse pour chaque cas similaire devrait être déjà déterminé à l'avance. Parmi les deux variantes proposées ci-dessus, la première, bien que légale dans ces circonstances, est cependant, tout à fait irréaliste, tandis que la seconde, avec une sécurité juridique élevée, serait également associée à une plus grande flexibilité. Bien sûr, il n'y a rien à objecter à la création d'une liste transparente qui mette en relation les mesures communautaires potentiellement applicables en

---

<sup>83</sup> Katarina TOMASEVSKI, *Between sanctions and elections, Aid Donors and their Human Rights Performances*, London, 1997, p. 49.

<sup>84</sup> Voir art. 300 (2) al. 2 du traité de la CE.

fonction de la gravité de la violation d'un aspect fondamental du contrat<sup>85</sup>. Dans le but de renforcer la cohérence des politiques communautaires, il serait même souhaitable qu'elles soient rendues claires pour les pays tiers, pour qu'ils sachent à quelles situations ils doivent s'attendre et avec quelles mesures communautaires<sup>86</sup>. Une obligation automatique de la Communauté de devoir réagir à certains événements dans un pays tiers, au moins dans une certaine mesure, doit être cependant rejetée car un réglage individuel des mesures sur la spécificité de chaque cas ne serait pas possible.

Le développement d'un catalogue autonome de l'UE sur les droits de l'homme et sur les principes démocratiques dont la violation par un pays tiers entraîne une réaction de la communauté des pays selon l'application de la CDHD, apparaît dans le contexte actuel peu raisonnable<sup>87</sup>. Ce qui est impliqué ici, c'est que la pratique des traités de la CE contribue effectivement à une confirmation du caractère universel de la CDHD. La création d'un *Bill of Rights* spécifique valable dans l'UE, applicable dans les relations avec les pays tiers n'est ni nécessaire ni souhaitable. Il serait beaucoup plus important que, dans les cas où la CE décide de l'application de sanctions contre un État fautif, une procédure uniforme soit suivie. Comme cela a été montré dans les descriptions précédentes, avec la création du traité sur l'Union européenne et son exigence de cohérence tout en consacrant la procédure adoptée antérieurement de sanctions adoptées sur la base de l'art. 301, 60 du traité CE, tous les problèmes associés à la poursuite d'une politique de sanction commune ne sont résolus. Souvent, les problèmes ne surviennent pas de façon manifeste, parce que les décisions de sanction se calent principalement sur la mise en œuvre des résolutions du Conseil de

---

<sup>85</sup> Johannes VAN DER KLAUW, "Human Rights News: European Union" in *The Netherlands Quarterly of Human Rights* (NQHR) Nr. 15, 1997, p. 374.

<sup>86</sup> OSCE, *La Déclaration de Paris de l'Assemblée parlementaire OCZE et les résolutions adoptées lors de la dixième session annuelle*, Paris 10.07.2001.

<sup>87</sup> Eibe RIEDEL et Martil WILL, "Human Rights Clauses in External Agreements of the European Communities" in Philip ALSTON (dir.), *The European Union and Human Rights*, Oxford, 1999, p. 779-785.

sécurité<sup>88</sup>. Ensuite, il est généralement question d'identité d'intérêts entre la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne (PESC) et la CE. Les cas dans lesquels il survient des conflits d'intérêts ou lorsqu'il n'existe aucune résolution du Conseil de sécurité qui indique la procédure, sont problématiques.

L'art. 301 du traité instituant la Communauté européenne (TCE) sert d'une part à la préservation de la cohérence de sa politique, et d'autre part, à rendre nécessaire le vote avec une procédure en deux étapes. La conséquence pour la prise en considération aussi bien de la compétence politique commerciale de la CE que de la souveraineté de la politique étrangère des États membres est le dualisme de sa compétence externe en matière de politique des sanctions. La solution alternative serait -si on veut préserver l'acquis communautaire- de confier à la CE l'ensemble des compétences pour déclencher des sanctions. Mais ce n'est pas facile à faire passer parce que les États membres veulent garder leur souveraineté en matière de politique étrangère considérée comme un domaine central des intérêts des États membres et n'acceptent aucune politique de sanctions communes comme risquant de contredire leurs volontés<sup>89</sup>. En raison de cette résistance à la mise en commun de leurs politiques étrangères, la colonne de la construction est considérée comme une "erreur technique" du traité de l'Union européenne, même après Amsterdam<sup>90</sup>. Les chevauchements de la politique de sanctions entre la PESC et la politique commerciale de la CE ne peuvent être niés. Ceci présente de façon concrète l'artificialité de la séparation des deux

---

<sup>88</sup> Zaki LAÏDI, *La Norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne*, Les Presses de Sciences Po, 2005.

<sup>89</sup> Susan STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

<sup>90</sup> Même si Renaud DEHOUSSE, Florence DELOCHE et Olivier DUHAMEL montrent dans leur ouvrage *Élargissement. Comment l'Europe s'adapte* (Les Presses de Sciences Po, 2006), que les institutions de l'Union ont su s'adapter à l'élargissement, la question de transformation ne s'en pose pas moins théoriquement.

domaines de la politique<sup>91</sup>. Une élimination du dualisme de la politique étrangère apparaît comme irréaliste dans un avenir prévisible. Cependant si jamais on parvenait, à n'importe quel moment à une mise en commun de la politique étrangère, toute discussion sur l'exigence de cohérence serait superflue<sup>92</sup>.

## 2. Le mécanisme

Une approche timide de réajustement des structures de prise de décision de la CE et de la PESC peut être tentée à travers les nouvelles possibilités de décisions prises à la majorité et avec la notion d'abstention constructive. Son utilité pour la cohérence dépend de l'utilisation de cette procédure par les États membres. Il est à espérer que la réactivation du compromis de Luxembourg (voir art. 23 II, al. 2 TUE) ne conduise pas à une multiplication des exceptions aux sanctions et ainsi à la mise en cause d'une politique uniforme de sanctions. Il est à déplorer que, même à Amsterdam, les rapports entre les piliers et leurs interactions n'ont pas été conçus clairement. Surtout avec la politique de sanctions, une indication claire des effets de la liaison de l'art. 301 TCE avec la résolution des questions en suspens concernant les compétences de la CE et de la PESC aurait été souhaitable<sup>93</sup>. On n'a pas non plus réussi à prévoir une procédure qui, en cas de conflit entre la politique commerciale de la Communauté et la PESC, pourrait conduire à une solution viable<sup>94</sup>. Le risque d'une crise institutionnelle lors d'un refus de la Commission de mettre en œuvre une décision de sanction prise par la PESC n'est pas écarté.

---

<sup>91</sup> Qui inclut « la prise en compte du respect des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers » : communication du 23 mai 1995.

<sup>92</sup> Si l'on en croit tout le débat actuel à propos de la nature même du processus de démocratisation que promeut l'Union.

<sup>93</sup> Ainsi, quand Robert COOPER écrit : « We have chosen to be good rather than to be powerful », in *Liberal Imperialism, The National Interest*, n° 70, printemps 2005, p. 25-34, il choisit d'ignorer une partie de la politique européenne.

<sup>94</sup> Pierre HASSNER, art. cit., p. 61.

Des solutions à ces questions ne peuvent que suivre à partir de l'obligation générale de cohérence, mais son interprétation est très controversée. A cet effet, l'entente juridique existe entre la PESC et la politique commerciale, mais conduit à une exigence de cohérence en relation avec l'art. 301, 60 TCE et souvent à une subordination *de facto* du domaine de la Communauté, car le commandement prend plus la forme de principes juridiques que d'actions concrètes<sup>95</sup>. Afin de clarifier les obligations des institutions, il est nécessaire de les relier à d'autres actes juridiques. Comme la décision antérieure sur la PESC est le point de référence pour la cohérence des actions de l'UE, le point central s'y trouve également<sup>96</sup>. Le pouvoir de la Commission est généralement réduit à zéro et la CE est limitée à la poursuite des objectifs de la PESC. En outre, la Commission sans la décision de la PESC dans la politique de sanctions, a les mains liées. L'exception positive est la nouvelle disposition de l'art. 300 (TCE sur la suspension de l'accord). L'appréciation imposée à Amsterdam du secrétariat général du Conseil pourrait également conduire à une nouvelle dévaluation du rôle de la Commission dans la PESC. En raison du rôle de la Commission dans la politique commerciale de la CE, un affaiblissement de son rôle dans la PESC provoque plus de problèmes pour l'élaboration de politiques uniformes dans les relations extérieures de l'UE. Dans la politique de sanctions, c'est particulièrement pertinent à cause de l'urgence régulièrement constatée dans la PESC alors que la Commission est ignorée entièrement.

Pour éviter ce risque de conflits dans la préservation de la cohérence, des réformes contractuelles dans le traité d'Amsterdam en ce qui concerne la politique de sanctions n'auraient pas été nécessaires<sup>97</sup>. En conséquence, institutionnellement, un autre rapprochement des structures de décision entre CE et la PESC serait

---

<sup>95</sup> Andrew W. KNIGHT, *A Changing United Nations – Multilateral Evolution and the Quest for Global Governance*, Palgrave, Londres, 2000, p. 1.

<sup>96</sup> Joann FAGOT AVIEL, « The Evolution of Multilateral Diplomacy », in James P. MULDOON JR. (dir.), *Multilateral Diplomacy and the United Nations Today*, Westview Press, Boulder, 1999, p. 8-9.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p 76.

nécessaire si une mise en commun de la PESC n'est pas possible dans un avenir prévisible. A ce sujet, il y aurait de nouvelles frictions à éviter avec l'art. 301 TCE comme l'art. 23 TUE le faisait constater<sup>98</sup>. On pourrait penser au Comité des *opting out* (art. 23 TUE I) s'agissant de la décision de base pour les embargos afin de garantir le respect uniforme de tous les États membres liés à l'ordonnance d'embargo de la CE. L'option de blocus décidée par des résolutions d'embargo serait possible de toute façon parce que la stratégie conjointe doit déjà avoir été unanimement prise et les États membres dans des cas particuliers peuvent s'appuyer sur la pertinence de la politique de sécurité selon l'art. 297, 296 I b TCE.

En outre, une attention doit être accordée à l'équilibre institutionnel. Une clarification de la relation entre les piliers et la clarification interdépendante des pouvoirs des institutions dans le cadre de l'art. 301 TCE conduirait à plus de sécurité juridique par rapport à la problématique de la cohérence. Ces réformes institutionnelles sont une condition nécessaire au respect de la cohérence. En fin de compte, une véritable politique de sanction uniforme mais formellement juridique ne peut être prescrite. Les acteurs doivent montrer la volonté politique correspondante et donc être prêts à faire des compromis. Ils ne doivent pas seulement considérer la préservation de leurs propres intérêts et compétences, car une politique cohérente à long terme repose sur une harmonisation mutuelle<sup>99</sup>. Cela ne peut pas être forcé par la voie judiciaire, parce que les jugements sont rendus seulement sur une base individuelle, directement sans se soucier de l'exigence communautaire de cohérence. La marge de manœuvre du jugement politique des acteurs doit également être respectée. La préservation de

---

<sup>98</sup> Marie-Claude SMOUTS, *Les Organisations internationales*, Paris, A. Colin (coll. Cursus), 1995, p. 29.

<sup>99</sup> Andrew W. KNIGHT, « Multilatéralisme ascendant ou descendant : deux voies dans la quête d'une gouverne globale ». *Études internationales*, 26(4), 1995, p. 685-710.

l'identité et de l'uniformité de l'Union dépend en dernier ressort de la volonté des décideurs de donner suite à l'exigence de la cohérence<sup>100</sup>.

La volonté politique nécessaire ne se retrouve pas souvent dans la pratique. On perçoit plutôt et souvent une concurrence dans la préservation d'acquis communautaire entre la CE et la PESC, de sorte que la proximité des deux conduirait à des tensions institutionnelles contradictoires<sup>101</sup>. Que cette volonté de circonscrire la souveraineté des États membres fasse souvent défaut, indique clairement que la Communauté portant sur des sanctions financières imposées par la CE selon l'art. 60 TCE se réalisait à peine. Ils avaient généralement été transformés en États membres. En outre, les décisions de la PESC ont été adoptées par leur réglementation économique souvent de manière très détaillée, parce que le Conseil a interprété les pouvoirs de la PESC largement au détriment de la compétence communautaire. Cette tendance est le danger permanent de l'inter-gouvernementalisation rampante des compétences communautaires<sup>102</sup>.

La Commission choisit elle-même une interprétation large de ses compétences communautaires. Elle est souvent encouragée dans sa position par des États membres communautaires et conviviaux. Pour les deux positions, il y a de bonnes raisons : le Conseil se réfère à la nécessité pour l'efficacité et la crédibilité des sanctions globales de la PESC. En revanche, la Commission considère cela comme une menace à l'acquis communautaire, qui est fixé par contrat (art. 2 I, 5<sup>ème</sup> tiret TUE, art. 3 TUE I)<sup>103</sup>. Ces interrogations sur les compétences respectives complique la coordination mutuelle des politiques et a un impact négatif sur la cohérence, l'efficacité et la crédibilité des

---

<sup>100</sup> Guy HERMET, Bertrand BADIE, Pierre BIRNBAUM et Philippe BRAUD, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, A. Colin, 1998, p. 174.

<sup>101</sup> Gerard RUGGIE, *Multilateralism Matters: The Theory and Praxis of an Institutional Form*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 11.

<sup>102</sup> Brian L.) JOB, « Multilatéralisme et résolution des conflits régionaux : les illusions de la coopération », *Etudes internationales*, vol. 26, n° 4, décembre 1995, p. 669. Voir aussi Gilles ANDREANI, « Gouvernance globale : origines d'une idée », *Politique étrangère*, n° 3, 2001, p. 549-568.

relations extérieures de l'UE. Le développement de la CDHD dans les accords avec les pays tiers illustre aussi ceci. On ne constate ni au niveau national ni dans d'autres organisations internationales l'exécution détectable de stratégies positives pour promouvoir les droits de l'homme et de la démocratie, y compris le dialogue politique et la coopération avec les acteurs non-étatiques. La structure (des communautés supranationales, les domaines de politique intergouvernementaux) de l'UE dans les relations extérieures conduit en outre toujours à l'incohérence et à la prise en compte des intérêts nationaux au détriment d'une politique de décision paneuropéenne.

### ***B. L'importance du rôle des acteurs dans le processus de résolution des conflits***

Au préalable, il est important de cerner l'agrégation des intérêts respectifs (1) pour ainsi mieux parvenir à articuler les pouvoirs à travers le consensus (2) par rapport au processus politique qui prévaut.

#### *1. L'agrégation des intérêts*

Le recours à des sanctions s'avère, en termes de politique intérieure, comme un instrument politique dont l'application semble productive dans le cadre de la mondialisation économique et de l'interdépendance croissante dans l'avenir. Tout en forçant à la coopération les États membres dans le sens de la solidarité et la coopération sur la question des sanctions contre des pays tiers, le meilleur résultat possible pour les intérêts nationaux d'un État ne ressort cependant pas. Si une réponse européenne est mieux qu'une réponse nationale, sa pertinence ne peut être évaluée que dans chaque cas individuel. Dans ce contexte, il ne peut être exclu qu'il y ait l'utilisation de sanctions par l'UE contre des pays tiers également en raison de considérations nationales.

La PESC introduite avec le traité de Maastricht devrait permettre à l'UE de répondre à des défis internationaux correspondant au progrès qualitatif réalisé en matière de politique étrangère et d'affirmer son identité sur le plan international. Dans la pratique, jusqu'à présent,

cette affirmation a été, cependant, réalisée au mieux de façon limitée. On aboutit à un mécanisme de coordination de la politique étrangère, dans lequel les décisions sont prises par consensus. Une véritable politique étrangère commune devrait être décidée à huis clos, dans des domaines où les États peuvent être obligés d'adopter une ligne européenne. En outre, l'importance croissante de la gestion des instruments politiques par la Commission fait de leur rôle actif dans la PESC une condition essentielle pour leur succès<sup>104</sup>. Cela semble essentiel aux États membres, pour étendre la PESC et donc les sanctions comme un instrument cohérent et efficace, en particulier, dans la prévention des conflits et la gestion des crises.

Au début de la coopération européenne en matière de développement<sup>105</sup>, se trouvait l'exigence de la France déjà présente lors des négociations sur le traité de la CEE, d'affilier aussi ses colonies d'outre-mer à la future communauté. Le résultat en était l'association constitutionnelle de tous les territoires non-européens de l'époque des six États-membres dans le contexte de l'art. 131-136 UE du traité de Maastricht. Après leur indépendance, l'association constitutionnelle s'est transformée de plus en plus en une association contractuelle conformément à l'art. 238 UE du traité de Maastricht (art. 310 CE). Cela a d'abord conduit à une première convention nommée d'après la capitale du Cameroun, "convention de Yaoundé" (Yaoundé I en 1965, Yaoundé II en 1970), qui –chacune limitée à cinq ans– contenait principalement la réglementation sur la libéralisation du commerce ainsi que la promotion de l'industrialisation et de la coopération régionale en Afrique. En 1969, l'accord d'Arusha a, en outre, été signé avec les pays anglophones du Kenya, de la Tanzanie et de l'Ouganda qui, cependant, contrairement à l'accord de Yaoundé, ne

---

<sup>104</sup> Andrew W. KNIGHT, « Multilatéralisme ascendant et descendant : deux voies dans la quête d'une gouverne globale », *Etudes internationales*, vol. 26, n° 4, décembre 1995, p. 685-710.

<sup>105</sup> Après la fin du conflit Est-Ouest et la mondialisation économique, la promotion des exportations aux fins de création d'emplois à l'interne est devenue plus importante avec la politique de développement des intérêts concurrents, ce qui a causé la mise en œuvre de la conditionnalité très inégale.

prévoyait aucune aide financière et technique de la communauté. L'association constitutionnelle de même que l'accord de Yaoundé et d'Arusha étaient exclusivement orientés sur la promotion du développement économique et industriel des pays associés à la Communauté économique. Les critères politiques, tels que la question du respect des droits de l'homme, ne jouaient aucun rôle.

Au début des années 1970, une discussion violente éclata dans la Communauté sur la voie à suivre dans le domaine de la coopération en faveur du développement. Alors que la France en particulier s'engage pour le maintien et l'approfondissement de la politique d'association régionale limitée vers les anciens territoires coloniaux, d'autres États membres (en particulier l'Allemagne et les Pays-Bas) mettaient en œuvre la conception d'une politique globale de développement de la CE. Dans ce contexte, la Commission a publié en juillet 1971 son premier mémorandum de politique de développement fondamental dans lequel elle se prononce à la fois pour l'expansion des relations d'association existantes ainsi que de l'extension de la coopération en faveur du développement vers les autres pays dans le Sud. En juillet 1971, le Conseil a en outre adopté sur la base de l'art. 113 du traité de Maastricht (politique commerciale) et ce pour la première fois, un système de préférence général non-réciproque au bénéfice de tous les pays en développement.

C'était une étape importante vers l'ajout de pays non-associés, aux États africains et à Madagascar associés à qui des préférences tarifaires avaient déjà été accordées dans l'accord de Yaoundé pour leurs exportations vers la CE. Plus tard la CE fit connaître sa disponibilité dans le traité d'adhésion avec la Grande-Bretagne, à offrir aussi aux pays du Commonwealth en Afrique, dans les Caraïbes et dans l'espace Pacifique, des relations contractuelles particulières. A la conférence de Paris du Conseil européen des 19 et 20 octobre 1972 à laquelle les futurs nouveaux membres notamment la Grande-Bretagne, le Danemark et l'Irlande ont pris part, l'approche globale de la politique de développement de la CE a été officiellement confirmée. La mise en œuvre de la coopération communautaire pour le développement s'oriente depuis vers un classement de tous les pays en développement dans une région donnée (Afrique, Caraïbes,

Pacifique, Méditerranée du Sud, Proche et Moyen Orient, Asie et Amérique latine), où l'espace ACP aussi bien du point de vue du contenu que des finances, constitue le point crucial de la coopération au développement en provenance de la Communauté. Déjà en avril 1973, la Commission s'est déclarée dans un autre mémorandum prête à soumettre aux États signataires des accords de Yaoundé et d'Arusha, aux États appelés indépendants du Commonwealth dans l'acte d'adhésion britannique ainsi qu'à d'autres pays africains ayant des structures similaires, une offre de négociations uniforme qui devait être régie par le principe du partenariat et du plein respect de la souveraineté des pays participants. Le Conseil a approuvé cette proposition et après environ un an de négociations (juillet 1973-juillet 1974) 46 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique conclurent le 26 février 1975 avec la communauté et ses États membres la première Convention ACP-CEE<sup>106</sup>. Le terme devrait initialement être limité à cinq ans. La convention (Lomé I) révélait sans doute quelques problèmes de coopération Nord-Sud, tel que l'existence d'un espace pour une véritable coopération ACP-UE. La révision des termes des accords à Ouagadougou le 22 juin 2010 est critiquée et considérée comme une injonction pour faire respecter les droits de l'homme et imposer la démocratie dans les pays ACP. Ce qui remet en cause sérieusement la souveraineté des États bénéficiaires de l'aide.

La pratique actuelle de la politique de sanctions de l'UE indique toujours des difficultés importantes à organiser un régime de sanctions de manière flexible. La prise en compte insuffisante des données géopolitiques, sociopolitiques et socio-culturelles dans l'État cible, induit d'abord aux effets secondaires non désirés mentionnés ci-dessus et compromet ensuite la possibilité de sanctions avec succès. La prise en compte insuffisante des circonstances particulières a

---

<sup>106</sup> Cet accord de coopération commerciale fut signé le 28 février 1975 à Lomé, au Togo par la Communauté économique européenne (CEE) et quarante-six États ACP (Afrique, Caraïbes et Pacifique). Dès lors, la convention de Lomé I remplace la convention de Yaoundé et vise à garantir un accès plus large des produits ACP aux marchés européens.

conduit au constat que, dans l'imposition<sup>107</sup> de sanctions, une logique de pertinence et une logique de conséquences ont jusqu'à présent moins réussi. Une politique de sanctions conforme à notre temps devrait se caractériser par un haut degré de flexibilité. Cette flexibilité doit être adaptée aux contextes géopolitiques, sociopolitiques et socio-culturels respectifs. Il semble utile d'évaluer les conséquences des mesures de sanctions en prévision de leur mise en œuvre et pour modifier leur régime, si nécessaire.

Le problème du régime des sanctions enregistré ici et de l'application de l'instrument que constituent les sanctions par l'UE au cours des dernières années ont conduit à une reprise des discussions aussi bien sur le succès des sanctions que sur l'acceptation des conséquences humanitaires<sup>108</sup>. Il en résulte une tendance à une application moderne, en particulier dans le contexte de l'UE<sup>109</sup>. La suspension ou la résiliation unilatérale directe de l'accord décrivant des obligations contractuelles ou même de l'ensemble de l'accord viole dans tous les cas le principe *pacta sunt servanda*, tant qu'une justification reconnue de droit international ne peut le prouver. Comme cela a déjà été mentionné, il faut penser à cet égard surtout à la résiliation ou à la suspension d'un contrat à cause de la violation substantielle du contrat (art. 60 de la convention de Vienne), du fait d'une impossibilité apparue ultérieurement de l'exécuter (art. 61 de la convention de Vienne) ou en raison d'un changement fondamental

---

<sup>107</sup> L'imposition de sanctions à cause de violations des droits de l'homme et de déficits démocratiques clarifie cependant la difficulté de résoudre le problème politique du pays sanctionné. Les opposants aux sanctions et les partisans des sanctions sont irréductiblement opposés et essaient de façon pragmatique, d'imposer leurs propres normes et approches pour la résolution de problèmes, le plus souvent, sans connaître la réalité du pays avec exactitude.

<sup>108</sup> John POLAKAS, "Economic Sanctions: An Effective Alternative to Military Coercion?", in *Brooklyn Journal of International Law*, 1980, p. 289-320.

<sup>109</sup> On surmontera ici en grande partie les discussions superficielles et émotionnelles sur l'efficacité des sanctions de l'UE. Le concept analytique de cette recherche est déterminé par la complexité des sanctions et par les disciplines scientifiques qui en traitent.

des circonstances par rapport à celles existantes lors de l'accord (art. 62 de la convention de Vienne). Ces trois justifications sont liées à des conditions concrètes et le plus souvent étroites, dont la présence doit être prouvée par la Communauté si elle veut faire respecter la démocratie et les droits de l'homme, si elle envisage de changer le respect des obligations contractuelles existantes, de les restreindre ou de les résilier.

Un contrat peut prendre en considération les moyens de le suspendre en invoquant une violation substantielle du contrat. Dans le contexte actuel, cela peut être décidé seulement si le respect des droits de l'homme et des principes démocratiques fait partie des "éléments essentiels" du contrat pour la réalisation de son objet ou de son but (art. 60 (3) de la convention de Vienne). Mais si ce n'est pas expressément prévu dans le texte de l'accord, dans les accords commerciaux et dans les contrats économiques et de coopération au développement qui sont principalement conclus pour un autre but que celui du respect des droits humains et de la démocratie, on ne peut pas s'appuyer sur l'existence de cette condition. Même si dans le préambule ou dans les dispositions liminaires de ces contrats, on fait référence aux droits de l'homme, leur protection n'est pas essentiellement une partie du contrat, surtout à partir du moment où, malgré leur mépris, l'accomplissement de l'objet réel du contrat n'est pas compromis<sup>110</sup>.

## 2. *La production du consensus*

Afin de trouver un consensus pour établir une cohérence dans sa politique étrangère et de sécurité, l'UE a donc besoin d'abord des améliorations contractuelles mentionnées ci-dessus. Il faut également tenir compte de la volonté politique des acteurs et du principe de l'« acquis communautaire ». Les États membres sont particulièrement questionnés à propos de la PESC fondée sur les décisions du Conseil comme base *de facto* sur le contrôle de la politique de sanctions de

---

<sup>110</sup> Marie-Claude SMOUTS, *op. cit.* (note 3), p. 28.

l'UE<sup>111</sup>. Par ailleurs, un certain niveau de complexité rend difficile la résolution des problèmes de cohérence entre la PESC et la politique commerciale communautaire. Cette complexité fondée sur la séparation artificielle des compétences externes de l'UE entre zone intergouvernementale et supranationale est problématique à éviter.

On peut retenir que la politique de développement de la Communauté a acquis pour la première fois une base légale formelle et la protection institutionnelle grâce au traité de Maastricht, le traité sur l'Union européenne du 7 février 1992<sup>112</sup>. Dans le même temps, le droit communautaire primaire reflète aussi la fin du principe de neutralité politique dans la coopération européenne pour le développement. La politique de la Communauté dans le domaine de la coopération pour le développement, qui représente un complément de la politique des États membres, favorise le développement économique et social durable des pays en développement, ainsi que l'intégration harmonieuse et progressive des pays en développement dans l'économie mondiale et la lutte contre la pauvreté<sup>113</sup>. La politique de la Communauté dans ce domaine contribue à atteindre l'objectif général de poursuite du développement et de consolidation de la démocratie et de l'État de droit ainsi que l'objectif de respect des droits et libertés fondamentaux en Afrique<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Robert COX, « Multilateralism and World Order », *Review of International Studies*, vol. 18, n° 2, avril 1992, p. 169.

<sup>112</sup> David MITRANY, *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization*, Chicago, Quadrangle Books, 1966.

<sup>113</sup> Ernst HAAS, *Beyond the Nation-State, Functionalism and International Organization*, Stanford, Stanford University Press, 1964 et *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, 1<sup>ère</sup> éd., Stanford, Stanford University Press, 1958. Notez, cependant, que des projets et des tentatives d'intégration ont existé ailleurs qu'en Europe. Voir aussi Gordon CONNELL SMITH, *The Inter-American System*, London, Oxford University Press, 1966 et Hugh SPRINGER, *Reflections on the Failure of the First West Indian Federation*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.

<sup>114</sup> Hedley BULL, « The Emergence of a Universal International Society », dans Hedley BULL et Adam WATSON (dir.), *The Expansion of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 117. Avant l'arrivée des

Avec l'art. 177 (2) du traité CE, l'affirmation déjà contenue dans le troisième motif du traité UE sur les principes de la liberté et de la démocratie et sur le respect des droits humains et de l'État de droit dans le domaine particulier de la coopération au développement de la communauté, est concrétisé. Cette détermination ne se limite pas à une simple déclaration d'intention, mais constitue pour la CE une véritable cible contraignante, qui doit être respectée par les autorités compétentes dans la préparation, l'adoption et la mise en œuvre des mesures politiques de développement de la même manière que dans l'art. 177 (1)<sup>115</sup>. Selon l'art. 178 du traité CE, la Communauté doit envisager les objectifs de l'art. 177 du TCE par la poursuite d'autres politiques qui peuvent concerner les pays en développement. Cette exigence de cohérence se réfère aussi bien aux objectifs classiques de développement qu'aux objectifs politiques de coopération en faveur du développement et en particulier pour la conception de la politique agricole commune et de la politique commerciale commune de la CE<sup>116</sup>. L'art. 178 n'a cependant d'effet que sur le plan horizontal de la Communauté. Les États membres ne seront pas directement obligés par ces dispositions. Si celles-ci devaient, de leur côté, dans le cadre des mesures de la PESC conduire à "promouvoir la coopération internationale" ou à imposer le "respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (art. 11 (1) du TUE, 4 et 5. Tired), l'art. 3 phrase 2 TUE constitue une référence beaucoup plus pertinente. Selon cet article, l'Union doit respecter la cohérence de toutes les mesures de politique extérieure prises par elle.

---

Européens, la plupart de ces peuples avaient déjà mis en place un ensemble de règles et de pratiques institutionnelles qui régissaient leurs interactions. Par exemple, en Afrique précoloniale où les États n'existaient pas, il était possible de percevoir des schémas distincts de ce qu'on pourrait appeler des relations « multilatérales » parmi les nombreuses communautés politiques disparates.

<sup>115</sup> Arend LIJPHART, « Karl W. Deutsch and the New Paradigm in International Relations », in Richard L. MERRITT et Bruce M. RUSSETT, (dir.), *From National Development to Global Community*, Londres, George Allen & Unwin, 1981, p. 236.

<sup>116</sup> Robert COX, *op. cit.*, p. 170.

Les actions relevant de la PESC retenue comme un objectif explicite de l'art. 11 (1) TUE portant sur le renforcement de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme montrent, en outre, que la question de la promotion des droits de l'homme et de la démocratie en Afrique en tant que question de principe dans les relations extérieures européennes dans un contrat, n'a pas été appliquée davantage au domaine de compétence de la Communauté qu'au domaine intergouvernemental de la politique commune étrangère et de sécurité de l'Union<sup>117</sup>. Cela est particulièrement vrai pour les relations entre la Communauté et ses États membres avec les pays en développement et plus particulièrement avec l'Afrique. L'art. 177 (1) TCE part ici du principe de complémentarité selon lequel la politique de développement de la CE doit être un complément de la politique correspondante des États membres.

Ainsi, il est clair que les États membres, en cédant la compétence communautaire dans le domaine de la coopération technique, n'ont pas perdu leur pouvoir d'action à cet égard. C'est pourquoi on doit parler ici de compétences parallèles existant l'une à côté de l'autre et qui ne s'excluent pas mutuellement<sup>118</sup>. La coopération technique de la Communauté et les politiques parallèles des États membres ne s'opposent pas bien sûr.

Dans le cadre de la coordination stipulée dans l'art. 180 TCE, il résulte du principe de complémentarité plutôt qu'une obligation contractuelle de complémentarités et d'harmonisation mutuelles, des mesures de politique de développement de l'UE et de politiques de développement des États membres qui s'efforcent, en tout cas jusqu'à présent en termes de contenu, de ne pas porter atteinte à la politique communautaire<sup>119</sup>. L'offre contenue dans l'art. 177 (2) du traité CE

---

<sup>117</sup> Harold NICOLSON, *Diplomacy*, Londres, Oxford University Press, 1938, p. 19-20.

<sup>118</sup> John T. ROURKE, *International Politics on the World Stage*, Guilford, Ct. Dushkin Publ. 4<sup>e</sup> éd. 1993, p. 35 ; John H. HERZ, « The Rise and Demise of the Territorial State », *World Politics*, vol. 9, 1959, p. 473-493.

<sup>119</sup> Cf. Commission, Communication sur la complémentarité mutuelle de la politique de la communauté et les politiques des États membres dans le

dans le contexte de la coopération pour le développement et pour contribuer à la promotion et à la consolidation de la démocratie et au respect des droits de l'homme en Afrique, laisse le choix des moyens par lesquels les objectifs doivent être atteints, à la discrétion des institutions communautaires. Celles-ci peuvent adopter aussi bien des mesures négatives que positives en faveur de la promotion des droits de l'homme et de la démocratie et à cette fin recourir à tous les instruments de coopération technique autonome et contractuelle, pour lesquels une base de compétence juridique communautaire peut être démontrée. Dans le domaine de la coopération technique autonome, l'art. 179 (1) du traité CE est particulièrement pertinent. Par conséquent, le Conseil, selon la procédure de l'art. 251 du traité CE (procédure de codécision du Parlement) adopte les mesures nécessaires pour la poursuite des objectifs de développement de la CE. Seulement s'il s'agit de mesures relevant de la politique commerciale, l'art. 133 TCE est alors à consulter comme base juridique, même si l'action de la communauté (comme dans le cas du système général de préférences) est motivée par des raisons de politique de développement.

Les sanctions suffisent rarement pour effectuer un changement fondamental dans la politique d'un État cible. Cela ne signifie pas que les sanctions n'ont jamais apporté une contribution à la résolution des conflits. Leur succès et leur efficacité existent dans une certaine mesure. Une demande de sanctions doit donc être évaluée de façon différenciée. S'il n'y a pas d'accord entre les États participants à des sanctions et si les mesures sont désactivées, la politique sous-jacente échouera. Si les sanctions sont utilisées pour des cibles légitimes et combinées de manière créative avec d'autres moyens, elles peuvent être un outil important et utile de la politique internationale, de la diplomatie et du multilatéralisme<sup>120</sup>.

---

domaine de la coopération au développement, COM (99) 218 final du 06.05.1999.

<sup>120</sup> Evan LUARD, *Types of International Society*, p. 326. Garrett MATTINGLY, *Renaissance Diplomacy*, Londres, J. Cape, 1955, p. 82. Voir aussi Robert COX, « Towards a Post-Hegemonic Conceptualization of World Order: Reflections on the Relevancy of Ibn Khaldun » in James ROSENAU et

Les principaux déterminants de l'efficacité et, partant, du succès ne dépendent pas seulement de la nature des sanctions ni d'un appui international le plus large possible, mais aussi de la façon dont les sanctions cohérentes et conséquentes sont exécutées. Les exigences générales pour une application réussie des sanctions sont presque toujours les mêmes : stratégie globale solide pour la résolution des conflits, suivi rigoureux, unité et détermination. *Ipsa facto* l'UE a tout intérêt à défendre le multilatéralisme<sup>121</sup>. En tant que premier marché mondial, son pouvoir économique repose sur des échanges commerciaux et un financement fondé sur des règles ; et sa puissance politique exige la primauté du droit. Sur le plan extérieur, l'UE est le premier donateur d'aides au monde et un important défenseur des droits de l'homme. En son sein, elle doit également préserver ses valeurs et son aptitude à travailler ensemble. Dès le départ, l'UE a adopté une forme de multilatéralisme qui n'était pas une coopération visant à servir des intérêts personnels égoïstes, mais plutôt une coopération dont les bénéfices mutuels rendent le tout meilleur que la somme de ses parties. Aujourd'hui, les enjeux mondiaux appellent une action mondiale. Les objectifs de développement durable (ODD) en fournissent le cadrage.

Au terme de notre recherche, nous constatons qu'une nouvelle coopération avec l'Afrique en matière de développement porte sur la manière de gérer les menaces complexes pour la sécurité, telles que celles rencontrées au Sahel et sur les conséquences de la guerre pour les citoyens ordinaires de pays comme la Côte d'Ivoire, le Soudan ou la Libye. Il n'y a pas de victoires faciles ni d'engagements à court terme. Les progrès en matière de droits de l'homme et de démocratie exigent tout l'art de la diplomatie et de la défense, parallèlement au développement et à l'aide humanitaire. L'EU est confrontée

---

Ernst-Otto CZEMPIEL (dir.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 137-139.

<sup>121</sup> Mélanie ALBARET et Delphine PLACIDI-FROT, « The Equivocal Couple in Multilateralism: Dyads at the UN », in Brigitte VASSORT-ROUSSET (ed.), *Building sustainable international couples*, New York, Palgrave Macmillan, 2007.

sérieusement à la gestion des flux migratoires. Ainsi elle se doit de trouver des solutions durables pour sortir la politique migratoire de la « forteresse européenne », en respectant les droits des réfugiés et en reconnaissant les nombreux avantages d'une migration légale et sûre, et pas seulement pour les migrants eux-mêmes. Rappelons que les migrations augmentent et non diminuent, dans les premiers stades du développement économique : l'investissement dans les pays d'origine réduira la pression migratoire, mais seulement à long terme. Enfin, l'UE doit promouvoir les droits de l'homme et les normes démocratiques au sein de l'UE et dans le monde<sup>122</sup>. Elle doit contribuer à une mondialisation inclusive et juste permettant le partage des bénéfices tirés d'échanges commerciaux et d'investissements équitables avec les citoyens d'Europe et d'ailleurs. Pour certains pays comme le Rwanda, la participation à l'économie mondiale grâce au commerce a largement contribué à la sortie de la pauvreté à long terme. Les règles commerciales et la facilitation des échanges doivent occuper une place centrale. En outre, la lutte contre les inégalités au niveau mondial et au sein de l'UE favorise la prospérité économique et la stabilité sociale sur le long terme. Aussi, doit-elle construire un développement durable nécessaire pour éviter les pires conséquences du changement climatique.

Mais il ne va pas de soi que l'Europe soit, dans tous ces cas, l'instrument privilégié. Les pays européens doivent soutenir le travail de l'ONU et d'organismes tels que la Banque mondiale et le FMI. Pour autant, l'Europe doit toujours faire valoir ses arguments. En ce sens, elle est attachée à la démocratie et à des institutions responsables. C'est collectivement le premier bailleur de fonds mondial. Ses pays sont, ensemble, pionniers de l'action pour le climat. Sa politique commerciale est progressiste, mettant l'accent sur les normes sociales et environnementales et elle a de l'expérience en matière de missions de sécurité civile et militaire. La vision européenne d'un

---

<sup>122</sup> Charlotte BUE, « La politique de développement de l'Union européenne : réformes et européanisation », *Critique internationale* 2011/4 (n° 53), p. 83-99.

multilatéralisme positif nécessite des engagements fermes<sup>123</sup>. Toutefois, l'action extérieure de l'Union est appréciée à l'aune des « droits de l'homme » et non des « droits fondamentaux ». Or, au-delà des différences sémantiques –parfois ténues– entre ces deux notions voisines, le choix de l'Union de ne pas employer le terme de « droits fondamentaux » dans le domaine des relations extérieures répond à une motivation bien précise et génère des conséquences très concrètes. Il s'agit en effet de ne pas donner l'impression que l'Union projette directement ses propres valeurs formalisées, notamment dans la charte des droits fondamentaux, dans ses relations avec des États tiers. Autrement dit, l'Union assume de la sorte le fait que la protection fondée sur la charte est réservée à un usage interne qu'il ne convient pas nécessairement de promouvoir auprès de ses partenaires. En revanche, la notion de « droits de l'homme », très employée en droit international et se prévalant de la très large acceptation de la charte des Nations unies et de la déclaration universelle des droits de l'homme, peut être parfaitement être promue par l'Union dans le cadre de son action extérieure.

---

<sup>123</sup> Andrew W. KNIGHT, "Flawed Vision of World Order", *Compass Magazine*, mars-avril 1992.



## LE DEVELOPPEMENT HUMAIN DURABLE A L'AUNE DE LA DEGRADATION ENVIRONNEMENTALE AU MALI

**Dr. Yamadou CAMARA,**

*enseignant chercheur à la Faculté de droit public de l'Université des sciences  
juridiques et politiques de Bamako (USJPB)*

*« Le devoir de tout citoyen du monde est d'œuvrer comme s'il devait  
demeurer éternellement sur terre, de conduire ses actions comme s'il  
était seul responsable de la sauvegarde de la planète et de se soucier  
du devenir de l'humanité tout entière, comme s'il en était le seul  
garant. »<sup>1</sup>*

### **Résumé :**

La conférence des Nations unies sur l'environnement en 1972, témoigne de la prise de conscience par le monde entier des menaces qui pèsent sur la planète terre. Depuis cette période de nombreuses rencontres à l'échelle mondiale ont eu lieu pour discuter des liens entre environnement et développement. Les rapports entre environnement et développement sont divers et multifformes. Le développement est une fonction humaine par laquelle l'homme agit sur les ressources naturelles. L'air, l'eau, le soleil, les substances organiques et minérales sont les éléments de l'environnement indispensables à la vie humaine. Lorsque les facteurs écologiques tels que : la qualité et la quantité de l'air, des terres, de l'eau, etc. sont satisfaisants, la société se développe favorablement. Et, lorsqu'ils se dégradent, la qualité de la vie des communautés humaines s'en suit. La

---

<sup>1</sup> Pensée extraite de l'ouvrage de Mahi TABET-AOUI, *Développement et Environnement au Maghreb : contraintes et enjeux*, juillet 2010, p. 7.

dégradation de l'état de l'environnement a des effets directs plus ou moins importants sur les éléments du développement humain notamment la sécurité alimentaire, la santé, l'eau potable et l'assainissement. Au Mali, l'état de l'environnement se caractérise par une dégradation très avancée des ressources naturelles sous les effets conjugués d'un climat de plus en plus sévère et d'une pression humaine de plus en plus insupportable. La présente réflexion analyse l'impact de la dégradation de l'environnement sur le développement humain durable au Mali.

**Mots clés :** *Environnement, dégradation, développement, humain, durable.*

La crise environnementale surmonte les barrières sociales et politiques. Certains fléaux environnementaux tels que la désertification, le changement climatique, les émissions des gaz à effet de serre ou la contamination franchissent les frontières entre les pays. La dimension globale de cette crise impose une intervention internationale pour faire face à toutes les problématiques liées à la dégradation de l'environnement à l'échelle de la planète et pour développer une vision commune mais aussi, une stratégie globale selon une approche participative et concertée avec tous les acteurs concernés.

L'étude de la dégradation environnementale suppose que l'on se détermine préalablement sur une définition du concept de l'environnement sur lequel des controverses étymologiques ou épistémologiques s'y affrontent<sup>2</sup>. En effet, la notion d'environnement a en réalité un contenu peu précis<sup>3</sup>, voir floue<sup>4</sup>. Pour éviter toute

---

<sup>2</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, Paris, 2<sup>e</sup> éd, PUF, 2010, p. 6.

<sup>3</sup> Ch. HUGLO, « Environnement et Droit de l'environnement », *Jurisclasseur Environnement*, 1992, Fascicule. 101, p.2.

<sup>4</sup> F. GENDREAU, P. GUBRY ET J. VERON, « La population et le défi de l'environnement durable », in F. GENDREAU, P. GUBRY ET J. VERON (sous la dir.), *Population et Environnement dans les pays du sud*, Ed Karthala, CEPED, 1996, p. 19.

confusion, il convient de la distinguer des notions voisines telles que la nature<sup>5</sup>, la qualité de la vie<sup>6</sup>, l'écologie<sup>7</sup>, lesquelles en réalité expriment une nuance fondamentale.

Le terme « environnement »<sup>8</sup> ne fait pas l'objet d'une définition générale universellement admise au sein de la doctrine. Déjà, le *Petit*

---

<sup>5</sup> La nature est un concept vague qui signifie de façon générale tout ce qui est né ou tout ce qui donne naissance. (Ch. HUGLO, « Environnement et Droit de l'environnement », *Jurisclasseur Environnement*, 1992, Fascicule. 101, p. 2). La protection de la nature vise donc en réalité à conserver le milieu naturel en son état primitif.

<sup>6</sup> En ce qui concerne, le concept de la qualité de la vie, Jean Lamarque considère dans une tentative de définition que « la qualité de la vie ne peut constituer que le vague fondement moral de la protection de l'environnement, elle ne peut être objet de droit ». (J. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, Paris, LGDJ, 1973). En outre le concept de *qualité de vie* est en lui-même difficilement traduisible en droit positif ; il est l'origine d'un vaste mouvement d'idée ayant conduit les pouvoirs publics à prendre de plus en plus en considération les finalités qualitatives dans l'aménagement de l'espace tant rural qu'urbain. (J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.* p. 67). En ce qui concerne, le concept de la qualité de la vie, Jean LAMARQUE considère dans une tentative de définition que « la qualité de la vie ne peut constituer que le vague fondement moral de la protection de l'environnement, elle ne peut être objet de droit ». (J. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, Paris, LGDJ, 1973). En outre le concept de *qualité de vie* est en lui-même difficilement traduisible en droit positif ; il est l'origine d'un vaste mouvement d'idée ayant conduit les pouvoirs publics à prendre de plus en plus en considération les finalités qualitatives dans l'aménagement de l'espace tant rural qu'urbain. (J. MORAND-DEVILLER, p. 67).

<sup>7</sup> La notion d'écologie est beaucoup plus précise. Le terme écologie vient de deux vocables grecs signifiant l'un la maison l'autre la science, il semble avoir été utilisé pour la première fois par le biologiste allemand Ernest Haeckel en 1866 « l'écologie c'est la connaissance de l'économie de la nature, l'investigation de toute les relations d'un animal à la fois avec son milieu inorganique et organique incluant par-dessus tout ses relations amicales et antagonistes avec ceux des animaux et des plantes avec lesquels, il entre directement en contact » (Ernest HAECKEL, cité par F. GENDREAU, P. GUBRY, J. VERON et Ch. HUGLO, « Environnement et Droit de l'environnement », p. 2).

*Robert de la Langue Française* le définit à la fois comme « l'ensemble des éléments constitutifs du milieu d'être vivant » et comme « l'ensemble des éléments constitutifs du paysage artificiel créé par l'homme »<sup>9</sup>. Pour Gérard Cornu, il s'agit de l'« ensemble des composantes d'un milieu déterminé que la législation de protection désigne »<sup>10</sup>. La jurisprudence pour sa part définit ce concept comme : « L'espace où vivent les êtres vivants et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »<sup>11</sup>. Sans entrer dans d'innombrables controverses doctrinales, nous retiendrons ici la définition que nous offre Maurice Kamto, pour qui ce terme désigne : « L'ensemble de la nature et des ressources y compris le patrimoine culturel et les ressources humaines indispensables pour les activités socioéconomiques et pour le meilleur cadre de vie »<sup>12</sup>. Cette définition prend en compte les éléments traditionnels de l'environnement tels la nature et les ressources naturelles, et intègre les éléments nouveaux issus de la déclaration de Rio, en l'occurrence les ressources humaines<sup>13</sup>.

En effet, par dégradation de l'environnement, il faut entendre la destruction ou l'altération des éléments constitutifs des milieux naturels tels que le sol, l'eau, l'air, la forêt, la biodiversité. Cette destruction est plus dangereuse quand elle est causée par les activités humaines. Parmi les problèmes actuels de l'environnement, l'on peut citer entre autres : la pollution, la déforestation, l'extinction de la

---

<sup>8</sup> Aux termes de l'article 2 de la loi n° 01.020 du 30 mai 2001 relative aux pollutions et nuisances au Mali : « l'environnement est un ensemble perçu comme une entité, dans un espace et un temps donné, des facteurs chimiques et sociaux susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiat ou à terme sur l'espèce humaine et ses activités sur les espèces animales et végétales ».

<sup>9</sup> *Le petit dictionnaire de la langue française*, 2006, p. 914.

<sup>10</sup> G. CORNU, *Dictionnaire Juridique*, Paris, PUF, 8<sup>e</sup> éd. fév. 2000, p. 342.

<sup>11</sup> V. *affaire de licéité de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, CIJ, *Recueil* 1996 p. 241-242 paragraphe 29.

<sup>12</sup> M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef/AUPELF, 1996, p. 16.

<sup>13</sup> *Ibid.*

biodiversité. Ces problèmes sont multiples et variés. Certains se posent au niveau local, tandis que d'autres sont au niveau planétaire.

La prise de conscience de l'importance du phénomène environnemental dans le développement à partir des années 1970, a permis d'établir qu'une croissance économique accélérée peut compromettre la durabilité de l'environnement et partant la vie des générations futures. Sur mandat de l'Assemblée générale des Nations unies, le rapport « Notre avenir à tous » de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement<sup>14</sup>, dite Commission Brundtland, consacrant en 1987<sup>15</sup> le concept de *Sustainable Développement*<sup>16</sup>, traduit d'ailleurs imparfaitement<sup>17</sup> en français par développement durable<sup>18</sup>. Le concept intègre deux considérations : la

---

<sup>14</sup> Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), dirigée par Madame Gros HARLEM BRUNDTLAND, alors premier ministre de Norvège à cette époque, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

<sup>15</sup> Avant d'être popularisé en 1987, le concept de « développement durable » est apparu sur la scène internationale en 1980 au sein de la *Stratégie mondiale de la conservation* de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (U.I.C.N.). Cf. l'article de Kristin BARTENSTEIN, « Les origines du concept de développement durable », *Revue juridique de l'environnement*, 2005, 3, p. 289-297.

<sup>16</sup> « C'est un développement qui s'efforce de répondre aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs ».

<sup>17</sup> Les termes de *développement soutenable* sont plus proches des termes anglais. Cf. en ce sens les discussions de Fabrice NICOLINO sur le développement durable et soutenable. Voir son billet sur son Blog « Visa sans Planète » : « La politique de l'oxymore (sur le « développement durable ») », publié le 29 avril 2009. « Le développement soutenable renvoie à des notions écologiques imparables. Un écosystème est ou non capable de soutenir tel ou tel usage. (...). *Sustainable development* est une vision riche, exigeante, des relations entre l'homme et la nature. C'est d'emblée une notion problématique et incertaine, qui oblige en permanence à s'interroger. (...) », et ses réflexions figurent dans son livre : *Qui a tué l'écologie ?* éditions LLL, Essai (Broché), 2011.

<sup>18</sup> Notons que certains auteurs ont pu voir dans ce concept l'expression d'une *opinio juris* en droit international : cf. Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *R.G.D.I.P.*, 1997-4, p. 887.

satisfaction des besoins essentiels et plus précisément ceux des populations les plus démunies qui doivent constituer la priorité du développement et le respect de la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir.

La notion de développement humain est un concept large et globalisant qui « analyse toutes les questions de la société (croissance économique, échanges, emploi, libertés politiques, valeurs culturelles) du point de vue des individus »<sup>19</sup>, et s'articule autour de trois grandes composantes : la productivité<sup>20</sup>, la justice sociale<sup>21</sup> et la durabilité<sup>22</sup>. Il est le développement *du* peuple<sup>23</sup>, *pour* le peuple<sup>24</sup> et *par* le peuple<sup>25</sup>.

L'environnement est de ce fait aujourd'hui, une préoccupation majeure tant il est vrai que les pays de tous les continents subissent ses modifications qui ont des répercussions à l'échelle du globe ayant des

---

<sup>19</sup> Rapport PNUD 1995.

<sup>20</sup> C'est-à-dire la possibilité d'accroître la productivité, de participer pleinement aux processus de production de revenus et d'accéder à un emploi rémunérateur. La croissance économique constitue donc un sous ensemble des modèles de développement humain.

<sup>21</sup> C'est-à-dire l'accès pour tous à l'égalité des chances. Tous les obstacles entravant les potentialités économiques et politiques doivent être éliminés de manière à permettre aux individus de jouer un rôle actif dans la société et de tirer parti de ces potentialités. Le développement humain est impossible sans une prise en compte de l'égalité des sexes.

<sup>22</sup> L'accès à ces potentialités doit être assuré non seulement aux générations actuelles, mais aussi aux générations futures. Il s'agit d'un traitement équitable au sein d'une même génération, et entre les générations.

<sup>23</sup> Le développement *du* peuple signifie l'élargissement des capacités des êtres humains à travers l'éducation, la formation, une meilleure santé, l'habitat. Cette vision rejoint en cela le *développement des ressources humaines*.

<sup>24</sup> Le développement *pour* le peuple signifie que le développement n'est pas poursuivi comme une fin en soi. Les fruits de la croissance économique doivent avoir une traduction concrète dans la vie des individus. Cela requiert une gestion adéquate des politiques.

<sup>25</sup> Le développement *par* le peuple se réfère au processus par lequel les individus deviennent non seulement bénéficiaires du développement mais aussi les principaux acteurs. Ils participent activement aux décisions qui influencent leur vécu quotidien.

ramifications, aussi bien sur l'économique, la politique, le juridique, le social et le culturel et qui s'avèrent de plus en plus incompatibles avec un développement durable<sup>26</sup>. Aucun pays ne saurait à lui seul réaliser le développement durable, mais la tâche est possible si nous œuvrons tous ensemble dans le cadre d'un partenariat mondial pour le développement durable<sup>27</sup>.

Certains travaux historiques ont montré que des règles destinées à protéger l'environnement, particulièrement la vie sauvage et les milieux naturels, ont été édictées dès l'antiquité. Le droit forestier n'est-il pas né à Babylone en 1900 avant J.-C.<sup>28</sup>. Néanmoins, l'intervention du droit pour protéger l'environnement vise prioritairement la protection de la santé de l'homme<sup>29</sup>. C'est pour cette raison qu'Agathe Van Lang estime que « (...) s'il n'est pas donc possible d'isoler dans l'histoire des idées et du droit les racines du droit de l'environnement, celui-ci n'a véritablement pris son essor que très récemment, à la fin des années 1960 »<sup>30</sup>. En Afrique et plus particulièrement au Mali, l'environnement a été pris en compte par le

---

<sup>26</sup> Rapport final de l'ANCR/MALI sur le plan de renforcement des capacités du Mali pour gérer l'environnement aux niveaux mondial et national, décembre 2007, p 1.

<sup>27</sup> Rapport du STP/CIGQE sur décennal de l'état des lieux de la mise en œuvre de l'agenda 21 en vue de la préparation du sommet mondial Rio +10, 2000, p. 1.

<sup>28</sup> N. DE SAADELER, « La conservation de la nature au-delà des espèces et des espaces : l'émergence des concepts écologiques en droit international » in *Images et usages de la nature en droit*, dir. F. OST, Ph. GERARD, M. Van de Kerckhove, Bruxelles, Presses de la Faculté Universitaire de Saint Louis, 1993, p. 165. Selon lui, le pharaon a créé la première réserve naturelle en 1370 avant J.-C. et l'empereur indien Asoka a rédigé dès le III<sup>ème</sup> siècle avant J.-C. le premier édit protégeant différentes espèces d'animaux sauvages.

<sup>29</sup> Depuis les courants hygiénistes qui se fondaient sur le *Traité des airs, des eaux et des lieux* d'Hippocrate (460-377) et constituant l'inspiration lointaine des législations élaborées au Moyen âge, prémices des polices de pollutions et des nuisances, l'histoire du droit nous gratifie d'un enchaînement de règles édictées afin de protéger l'environnement mais aussi l'homme.

<sup>30</sup> A. V. LANG, *Droit de l'environnement*, 3<sup>ème</sup> éd., Thémis PUF, 2011, p. 2.

texte fondateur du Manden<sup>31</sup> appelé *Manden Kalikan* « Serment du Manden » ou *Manden Basigikan* « Charte du Manden »<sup>32</sup>. D'autres textes faits de sentences, de proverbes, d'adages, de dispositions sociales, culturelles et économiques ont fait le tour du Manden et connus aujourd'hui sous l'appellation de charte de Kurukanfuga<sup>33</sup> qui date de 1236.

La protection et la conservation des ressources naturelles et de l'environnement ont toujours constitué une priorité majeure pour le Mali<sup>34</sup>, pays désertique à plus de 30 % de sa superficie. Son engagement dans ce sens est stipulé dans l'acte fondamental du pays<sup>35</sup>. En effet, afin de juguler les graves problèmes environnementaux auxquels il se trouve confronté, le Mali s'est, au cours des deux dernières décennies, doté d'un véritable dispositif

---

<sup>31</sup> Propos recueillis lors de l'entretien avec Dr Fodé Moussa SIDIBE, qui lors d'une conférence à l'Université nationale du Mexique (UNAM) la charte du Manden (charte de Kurukanfuga).

<sup>32</sup> C'est au nom de la charte du Manden, l'œuvre majeure de la confrérie des chasseurs, que s'étendit l'Empire du Mali du Sénégal au Ghana actuels.

<sup>33</sup> Les représentants du Mandé primitif et leurs alliés, réunis en 1236 à Kouroukan Fouga (situé dans l'actuel cercle de Kangaba en République du Mali) après l'historique bataille de Kirina ont adopté cette charte pour régir la vie du grand ensemble mandingue. Elle comporte 44 articles subdivisés en 4 parties : la première partie est relative à l'organisation sociale, la seconde aux biens, la troisième à la préservation de la nature et la dernière aux dispositions transitoires. Ces trois articles qui suivent concernent spécifiquement l'environnement et les ressources naturelles : « Article 37 : Fakombè est désigné Chef des chasseurs. Il est chargé de préserver la brousse et ses habitants pour le bonheur de tous. // Article 38 : Avant de mettre le feu à la brousse, ne regardez pas à terre, levez la tête en direction de la cime des arbres. // Article 39 : Les animaux domestiques doivent être attachés au moment des cultures et libérés après les récoltes. // Le chien, le chat, le canard et la volaille ne sont pas soumis à cette mesure ».

<sup>34</sup> Le Mali est un vaste pays sahélien d'Afrique de l'Ouest, enclavé, couvert pour les 2/3 par des zones désertiques. Il appartient aux pays les plus pauvres du monde aussi bien en termes de PIB qu'en termes d'indicateurs de développement durable. L'indice de développement humain de 2007/2008, indique que le Mali occupe la 173<sup>ème</sup> place sur un total de 177 pays. La pauvreté y est donc persistante et de grande envergure.

<sup>35</sup> La Constitution malienne du 25 février 1992.

juridique destiné à lutter contre les dégradations diverses de l'environnement et promouvoir un véritable développement durable sur son territoire. La Constitution malienne, stipule dans son préambule que « le peuple souverain du Mali s'engage à assurer l'amélioration de la qualité de la vie, la protection de l'environnement et du patrimoine culturel »<sup>36</sup>. Elle dispose que : « toute personne a droit à un environnement sain. La protection, la défense de l'environnement et la promotion de la qualité de la vie sont un devoir pour tous et pour l'Etat »<sup>37</sup>. Ce dispositif juridique environnemental concerne la plupart des secteurs de l'environnement<sup>38</sup> et, la plupart de ces textes sont assortis de textes réglementaires d'application. Outre ces textes d'origine nationale, il convient de mentionner un grand nombre de conventions internationales et régionales consacrées à la protection de l'environnement et qui ont acquis une force juridique au plan national, du fait de leur ratification par les autorités nationales<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Préambule de la constitution malienne du 25 février 1992.

<sup>37</sup> Article 15 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

<sup>38</sup> Notamment la loi n° 95-004 du 18 janvier 1995 fixant les conditions de gestion des ressources forestières<sup>38</sup>, la loi n° 95-031 du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune sauvage et de son habitat, la loi n° 95-032 du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la pêche et de la pisciculture, la loi n° 02-006 du 31 janvier 2002 portant code de l'eau, la loi n° 06-045 du 05 septembre 2006 portant loi d'orientation agricole<sup>38</sup>, la loi sur les pollutions et nuisances, etc.

<sup>39</sup> Le Mali a ratifié plusieurs conventions portant sur l'environnement dont la convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique, adoptée en 1994 et ratifiée par le Mali en 1995; la convention internationale sur la diversité biologique du 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, adhésion le 22 septembre 1993 ; la convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992, adhésion le 22 septembre 1992 ; la convention de Maputo, adoptée le 11 juillet 2003, révisant la convention Africaine sur la conservation de la nature et les ressources naturelles, adoptée à Alger en 1968 et ratifiée en 1974 ; la convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, adoptée en 1979 et ratifiée 1987 ; la convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitat des

Eu égard aux consécutions juridiques, l'analyse envisagée se veut d'identifier le lien entre environnement et le développement humain durable à travers les effets de la dégradation du cadre de vie et du bien-être de la population malienne. La réflexion met aussi en exergue certaines déficiences du cadre juridique et institutionnel de la protection de l'environnement, un frein au développement humain durable.

Dans ce contexte, le développement humain durable est-il possible dans un Mali marqué par la dégradation environnementale ?

Malgré l'existence d'un dispositif juridique environnemental, l'état de l'environnement est caractérisé par une sécheresse endémique, une désertification galopante, une population en explosion et des besoins en ressources naturelles excessifs. La problématique de la gestion de l'environnement se pose donc en termes de déséquilibre entre les besoins d'une population en accroissement exponentiel et un environnement aux ressources en régression drastique. L'intégration des aspects environnementaux dans les politiques nationales de développement notamment au plan agricole, reste limitée. De ce fait, le Mali fait face à la fois à une croissance de sa population, à une diminution de ses ressources alimentaires et à une dégradation galopante de son environnement, ces trois facteurs interagissant les uns avec les autres. Les éléments critiques qui animent cette dynamique sont la pauvreté chronique de la population, la productivité nationale dominée par une agriculture de subsistance et le fait que le bois constitue la principale source d'énergie domestique. Les ressources naturelles renouvelables du Mali se sont considérablement détériorées. L'environnement subit aussi la pollution liée à l'industrie, l'exploitation des mines d'or, l'insuffisance d'infrastructures et d'équipements d'assainissement, l'artisanat, et l'utilisation d'engrais et de pesticides. Par ailleurs une mauvaise ou une absence de gestion des ordures (déchets solides et liquides) crée des conditions de vie insalubres qui dégradent le cadre de vie de la population.

---

oiseaux, adoption 1971 et ratifiée par le Mali en 1987, pour ne citer que celles-ci.

Pour une étude approfondie, il est essentiel de s'appuyer sur une approche qui se veut objective et cohérente. Ce qui indique, le recours à une méthodologie orientée vers l'analyse des textes juridiques encadrant la protection environnementale. L'étude envisagée nécessite de prendre aussi en compte la dimension pluridisciplinaire, eu égard à la transversalité des questions environnementales.

L'approche sus évoquée peut faciliter de constater les enjeux clés du Mali pour un développement durable. Ces enjeux portent essentiellement sur la lutte contre la sécheresse et la désertification, la lutte contre le réchauffement climatique, la lutte contre la dégradation des ressources naturelles, la formation des ressources humaines et la bonne gouvernance du développement. A partir de ces indicateurs sur les risques de la dégradation environnementale liés au développement durable humain, il est important de dégager quelques aspects. Il s'agira pour nous de démontrer en quoi et comment la dégradation de l'environnement impacte le développement humain durable (I). Des résultats du diagnostic découleront des propositions de solutions pouvant ouvrir les voies vers une bonne gouvernance environnementale promouvant un développement humain durable au Mali (II).

### **I. Un développement humain durable *a priori* compromis**

Le bien-être de l'homme est intimement lié à celui de l'écosystème qu'il habite. Une société est durable si et seulement si toutes les conditions humaines et les conditions de son écosystème se développent de façon favorable. Si une de ces conditions n'est pas atteinte, cette société n'est pas durable, son développement non plus. L'année 1972 a été une étape dans la prise de conscience des questions de l'environnement. La première conférence internationale<sup>40</sup> avait réussi à réunir des représentants de 113 pays et d'autres acteurs pour examiner les questions d'intérêt commun. Au cours des trente années qui se sont écoulées depuis, l'environnement s'est progressivement

---

<sup>40</sup> Conférence des Nations unies sur l'environnement convoquée à Stockholm en 1972.

imposé à l'ordre du jour de différentes instances, depuis le niveau international jusqu'au niveau local. Au Mali, le résultat a été une multiplication des politiques de l'environnement, l'adoption d'une législation, la création de nouvelles institutions. Et malgré cette reconnaissance « théorique », l'état de l'environnement et de ses ressources naturelles continue sa descente vertigineuse, par une accélération même parfois de la dégradation. Dans cette partie, nous verrons d'une part, l'impact de la dégradation environnementale sur les ressources naturelles (A) et d'autre part, ses conséquences sur la paupérisation des populations particulièrement rurales (B).

#### *A. L'impact de la dégradation environnementale sur les ressources naturelles*

Il est reconnu que les ressources en sols, eaux, flore et faune sont les bases du développement rural secteur clef du développement économique du Mali. Plus de 80 % des Maliens sont ruraux et sont actifs dans la production primaire ou secondaire. Les ressources végétales fournissent plus de 93 % des besoins de consommation en énergie. La consommation en protéines animales de la majorité des ruraux est en partie basée sur la faune sauvage et le poisson.

Le rôle des ressources naturelles est déterminant dans la vie économique, sociale et culturelle des populations maliennes. Elles fournissent à la société des biens et services éminents entre autres : ressources énergétiques, produits alimentaires, pharmaceutiques, industriels, conservation de la diversité biologique et du cadre de vie, régulation du régime des eaux et du climat. Des millions de ruraux dépendent encore et toujours de l'argent que rapporte la cueillette, la transformation et la vente de produits forestiers pour se procurer en échange des vivres et autres produits de première nécessité. Dans le cas des pauvres, et surtout les femmes, c'est souvent la seule source de revenu en espèces.

Dans le cadre de la conservation de la nature et des ressources naturelle, le constat est très alarmant. Quel que soit l'aspect des ressources naturelles pris individuellement ou collectivement, la situation reste là même. Le rapport du PNUE en 2002 disposait

qu'« une augmentation rapide de la pollution atmosphérique et aquatique, ainsi que de la dégradation des sols, de la fréquence des sécheresses, et des pertes d'espèces sauvages animales et végétales: c'est le scénario dans lequel l'Afrique se trouvera bientôt plongé si on ne lui donne pas dans les plus brefs délais la possibilité de se développer d'une façon respectueuse de l'environnement »<sup>41</sup>. Les pays d'Afrique dont le Mali, ont, au cours des trois dernières décennies, souffert de divers problèmes - croissance démographique, guerres, haut niveau d'endettement national, catastrophes naturelles et maladies, qui, tous, ont laissé leur trace sur les habitants et le riche environnement naturel du continent. Par ailleurs, de nouvelles menaces, dont le changement climatique, de l'expansion anarchique des villes, et de la pollution occasionnée par les voitures et l'industrie, risquent, dans les trente années qui viennent, d'aggraver la pauvreté, la détérioration de l'environnement et l'état de santé de la population.

Face à cette situation, de nombreux pays d'Afrique dont le Mali, s'efforcent actuellement, au moyen d'initiatives telles que le NEPAD<sup>42</sup>, d'éliminer certaines des causes profondes de ce déclin écologique. Ces actions sont cependant loin d'être suffisantes. En l'absence d'une application effective des mesures juridiques, le Mali a peu de chances de se développer d'une manière qui profite à ses habitants, à ses paysages, à sa vie sauvage et, finalement, à la planète.

Concernant la gestion forestière par exemple, les causes de sa dégradation sont nombreuses et variées, mais elles sont dues à trois principales causes: les causes naturelles (sécheresse et ses corollaires comme l'érosion éolienne, la salinisation, l'acidification, etc.); les causes anthropiques (feux de brousse, exploitation forestière, défrichements agricoles, surpâturage, etc.) ; et les causes d'ordre institutionnel et juridique (réglementation mal appliquée, incohérente, etc.), dont nous nous focaliserons d'ailleurs sur ces déficiences au niveau juridique (1), mais aussi institutionnel qui entravent, la jouissance des populations vis-à-vis des ressources naturelles (2).

---

<sup>41</sup> PNUE, *L'avenir de l'environnement en Afrique*, rapport, 2002.

<sup>42</sup> New Partnership for Africa's Development ou Nouveau Développement pour le développement en Afrique qui a un volet 'Environnement'.

*1. Les déficiences juridiques*

Les législateurs maliens ont établi un arsenal de textes dans tous les domaines du développement. Le caractère sectoriel de ces textes, la faible capacité des structures chargées de les appliquer, l'instabilité institutionnelle, l'insuffisance en ressources humaines pour certaines structures notamment au niveau régional et local et le non transfert de la gestion des ressources aux collectivités locales, ont rendu difficile l'application correcte des textes.

La méconnaissance des textes en matière d'environnement se traduit par le manque de plaintes des populations en rapport avec les délits commis. Les populations semblent avoir adopté une attitude de résignation. Les textes, le plus souvent présentés dans un style juridique, sont diffusés en français pour une population à majorité analphabète. Ils sont rarement l'objet de transcription dans les langues nationales, d'où les difficultés rencontrées par la population dans leur appropriation. Il y existe aussi une insuffisance notoire de textes inadaptés, d'applications difficiles voire impossibles, un manque de cohérence entre les textes. La législation générale sur l'environnement, les législations sur la biodiversité et les ressources forestières<sup>43</sup> fauniques<sup>44</sup> et halieutiques<sup>45</sup>, le domaine et le foncier<sup>46</sup>, les ressources

---

<sup>43</sup> -Loi n° 95.003 du 18 janvier 1995 portant organisation de l'exploitation et du commerce du bois. // -Loi n° 95.004 du 18 janvier fixant les conditions de gestion des ressources forestières. // -Décret n° 98.402/P-RM du 17 décembre 1998 fixant les taux, les modalités de recouvrement et de répartition des taxes perçues à l'occasion de l'exploitation du bois dans le domaine forestier de l'Etat. // -Décret n° 99.320/P-RM du 04 octobre 1999 fixant la procédure de défrichement dans le domaine forestier de l'Etat. // - Décret n° 00.022/P-RM du 19 janvier 2000 fixant les modalités de classement des forêts, des pépinières de reboisement et des périmètres de protection dans le domaine forestier de l'Etat. // -Arrêté n° 95.2487 du 14 novembre déterminant les modalités de mise à feu dans le domaine forestier de l'Etat. // -Arrêté n° 96.0793/MDRE-SG fixant les règles d'approvisionnement et de fonctionnement des marchés ruraux.

<sup>44</sup> Loi n° 95.031 du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune sauvage et de son habitat. Loi n° 02.017 du 03 juin 2002 régissant la détention, le commerce, l'exploitation, la réexportation, le transport et le

en eau<sup>47</sup>, l'étude d'impact environnementale<sup>48</sup>, les pollutions et les nuisances<sup>49</sup>, la faune et son l'habitat<sup>50</sup>, l'hygiène et l'assainissement<sup>51</sup>, etc. traitent toutes de questions environnementales.

Malgré la profusion des textes édictés au niveau des différents secteurs liés directement ou indirectement à la protection de l'environnement, des ressources naturelles et les nombreuses Conventions internationales signées et ratifiées par le Mali, la situation de l'environnement et de ses ressources naturelles se détériore continuellement. Les nombreuses conventions internationales (plus d'une trentaine) que le Mali a signées et ratifiées ne sont ni suffisamment intégrées dans notre arsenal juridique ni appliquées convenablement pour les mêmes raisons sans oublier le manque de pertinence de certaines de leurs dispositions pour le pays. Il existe un besoin pressant de création d'un environnement juridique favorable au respect des lois et des règlements, le développement des filières, le développement communautaire et associatif.

---

transit de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages. Décret n° 97.051/P-RM du 31 janvier 1997 fixant les conditions et les modalités de la profession de guide de chasse. Arrêté interministériel n° 97.0972/MATS/MDRE/MFC/MIAT-SE portant réglementation de l'importation temporaire d'armes de chasse par les touristes.

<sup>45</sup> Loi n° 95.032 fixant les conditions de la pêche et de la pisciculture. Décret n° 95.182 du 26 avril 1995 fixant les taux de redevance de la délivrance des permis pêche.

<sup>46</sup> La loi n° 02-008/ du 12 février 2002 portant modification et ratification de l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier en République du Mali, elle-même modifiée par la loi n° 12-001 du 10 janvier 2012.

<sup>47</sup> Loi n° 02-006 du 31 janvier 2002 portant sur le Code de l'eau.

<sup>48</sup> Décret n° 03.594/P-RM du 31 décembre 2003 relatif à l'étude d'impact sur l'environnement. Décret n° 06.258/P-RM du 22 juin 2006 fixant les conditions d'audit d'environnement.

<sup>49</sup> Loi n° 01-120 du 30 mai 2001 relative aux pollutions et aux nuisances.

<sup>50</sup> Loi n° 95.031 du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune sauvage et de son habitat.

<sup>51</sup> Décret n° 01-394/ P-RM du 06 septembre 2001 fixant les modalités de gestion des déchets solides. Décret n° 01-395/P-RM du 06 septembre 2001 fixant les modalités de gestion des eaux usées et des gadoues.

*2. Les déficiences institutionnelles*

Le Mali est engagé dans une ambitieuse réforme administrative depuis 1993 : la décentralisation. Les ajustements institutionnels requis pour un bon fonctionnement de cette réforme nécessitent une déconcentration qui appelle, à son tour, une réforme de l'administration centrale. La décentralisation, qui doit s'accompagner de transferts de compétences et de ressources des services de l'Etat aux collectivités décentralisées, et d'une déconcentration conséquente des structures centrales peine, à avancer. La faiblesse des capacités institutionnelles et organisationnelles des collectivités territoriales (communes et cercles notamment) constitue une contrainte majeure à une gestion rationnelle des ressources naturelles, à la lutte contre l'ensablement, à la réussite de la décentralisation et donc une condition critique du développement humain durable.

Au lieu que la mise en œuvre des programmes de décentralisation, de privatisation et de leur corollaire de déconcentration, l'évolution se solde par un allègement des missions et structures des services centraux, on assiste au contraire à la multiplication de ceux-ci<sup>52</sup>. Les institutions régissant le développement économique, social et culturel relèvent de l'Etat, des collectivités territoriales, du secteur privé et de la société civile. Le développement est géré par une multitude de structures techniques, d'organes délibérant des collectivités territoriales, d'organisations de la société civile, d'organisations paysannes traditionnelles ou modernes de producteurs, de structures de recherche et de formation avec l'appui des partenaires techniques et financiers. Le cadre institutionnel de gestion du développement se caractérise entre autres par : une profusion d'autorités sectorielles sans instances de coordination ; un manque de clarté en matière d'autorités compétentes ; une application insuffisante et inefficace des

---

<sup>52</sup> Le cadre institutionnel du développement est marqué aujourd'hui par une instabilité avec des changements fréquents de noms et de missions aussi bien des ministères que des directions nationales chargés de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques sectorielles de développement au niveau national.

lois et des règlements ; un déficit en matière de gestion des ressources naturelles et une implication insuffisante des populations. Ces déficiences multidimensionnelles accentuent davantage la pauvreté.

### ***B. Une aggravation de la pauvreté***

Depuis plusieurs années, la problématique de la pauvreté est au centre des préoccupations de la communauté internationale en général et des gouvernants des pays en développement, en particulier, dont ceux du Mali<sup>53</sup>.

Le thème de la lutte contre la pauvreté, et de façon plus générale, les questions de développement humain ont occupé le devant de la scène lors d'un certain nombre de conférences et sommets mondiaux, en l'occurrence la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement<sup>54</sup> la conférence mondiale sur les droits de l'homme<sup>55</sup>, la conférence internationale sur la population et le développement<sup>56</sup>, le sommet mondial pour le développement social<sup>57</sup> et le sommet du millénaire<sup>58</sup>.

La pauvreté est un phénomène multidimensionnel pour lequel il n'existe pas une définition unanime. Selon le traité des organisations non gouvernementales et des mouvements sociaux réunis au sommet de la terre à Rio au Brésil en 1992, la pauvreté est l'état de privation des éléments essentiels nécessaires à l'être humain pour vivre et se développer avec dignité sur les plans physique, mental et spirituel, mais elle influe également sur des besoins spécifiques liés à la reproduction, la capacité ou l'incapacité, les valeurs culturelles, l'âge et l'ethnie.

---

<sup>53</sup> Avec un indice de développement humain (IDH) de 0,407 en 2013 contre 0,406 en 2012 selon le Rapport mondial sur le développement humain (RMDH) 2014, le Mali fait partie du lot des pays à faible développement humain (IDH inférieur à 0,556 pour l'année 2013). Cette valeur de l'IDH attribue au Mali le 176<sup>ème</sup> rang sur 187 pays classés.

<sup>54</sup> Rio de Janeiro, 1992.

<sup>55</sup> Vienne, 1993.

<sup>56</sup> Le Caire, 1994.

<sup>57</sup> Copenhague, 1995.

<sup>58</sup> New York, 2000.

La dégradation et l'épuisement des sols, des ressources forestières, des ressources en eau, de la faune et de la flore sauvage aggravent la pauvreté dans de nombreux pays, dont le Mali<sup>59</sup>. La population actuelle du Mali est estimée selon les différentes sources entre 17 et 18 millions. Plus de 80 % de cette population est concentrée sur environ 40 % du territoire au Sud du pays. La caractéristique fondamentale de la croissance économique<sup>60</sup> au Mali est son instabilité, due à sa dépendance des facteurs naturels. La forte croissance démographique, amplifiée par l'urbanisation rapide et non-contrôlée, a accéléré la pression sur les ressources naturelles (terre, végétation naturelle, eau...), surtout dans le voisinage des zones urbaines.

Dans le cadre de ses engagements internationaux pour un environnement meilleur, le Mali a élaboré et mis en œuvre un cadre stratégique de lutte contre la pauvreté (CSLP) en tant que cadre unique de planification stratégique du développement macro-économique pour la période 2002-2006. Sa mise en œuvre a permis

---

<sup>59</sup> Malgré les quelques résultats engrangés au Mali, depuis la mise en œuvre du CSLP 2002 - 2006 et CSCRP 2007 - 2011, la cible OMD qui consistait à réduire le taux de pauvreté de moitié (34,7 %) avant 2015 ne serait pas atteinte si la tendance actuelle se maintenait. La mise en œuvre du CSCRP 2012-2017 qui ambitionne de faire du Mali un pays émergent à l'horizon 2017 a été fortement ébranlée par la grave crise sécuritaire et institutionnelle qu'a connue le pays en 2012. En effet, la crise a fortement impacté l'activité économique aggravant ainsi les conditions de vie déjà précaires. Cette crise institutionnelle et sécuritaire de 2012 a entraîné le repli de l'activité économique avec un taux de croissance de 0,0 %. Malgré la persistance de la crise, le taux de croissance a connu une légère reprise pour s'établir à 1,7 % en 2013. Il est attendu en 2014 selon les prévisions de l'INSTAT un taux de croissance du PIB de 6,5 %. En conséquence, le taux de pauvreté a augmenté en 2012 à 42,7 % répartie de façon inégale selon que l'on se trouve en milieu urbain (19,7 %) ou en milieu rural (49,5 %).

<sup>60</sup> L'économie malienne repose essentiellement sur le secteur primaire (agriculture, élevage, pêche, exploitation forestière) qui occupe 80 % de la population active. Le taux de croissance réel du PIB moyen a été de 5,3 % en 2006 (Cf. Rapport sur la situation économique et sociale du Mali en 2007 et perspectives 2008). La décomposition de cet indicateur donnait un taux de croissance du secteur primaire de 4,3 %, du secteur secondaire de 8,3 % et du secteur tertiaire de 4,6 %.

d'améliorer la performance, la stabilité macro-économique et la croissance économique du pays au détriment des ressources naturelles. Une autre phase a été la mise en place du cadre stratégique pour la croissance et la réduction de la pauvreté (CRCSP) pour la période 2007-2011. Il a connu un démarrage difficile parce que les performances économiques se sont légèrement détériorées en 2007, principalement du fait de la chute de la production de coton, d'or et des coûts élevés du pétrole importé, etc. Malgré les recommandations fortes faites lors de l'élaboration du CSCR, pour combler les faiblesses et omissions majeures, le CSCR, n'y est pas parvenu par manque de cohérence explicite entre le CSLP, les stratégies sectorielles et le budget de l'Etat, sa faible synergie avec d'autres politiques sectorielles, la non prise en compte de la dimension environnementale, etc.

Le problème de la pauvreté au Mali se pose en termes d'inefficacité des politiques, stratégies, plans et programmes de développement (1), mais aussi un manque de ressources humaines, matérielles et financières (2).

*1. L'inefficacité des politiques, stratégies, plans et programmes de développement*

Les politiques, stratégies, plans et programmes de développement économique, social et culturel sont nombreux et divers. Ils sont essentiellement sectoriels. L'adhésion volontaire et consciente des populations aux politiques est très faible, la grande majorité des maliens étant plutôt préoccupée par les nombreux problèmes de survie qui les assaillent quotidiennement.

L'engagement politique des gouvernements n'a jamais été à la hauteur des menaces que font peser la sécheresse et la désertification sur l'économie du pays. La tendance générale des responsables politiques nationaux étant de vouloir résoudre les conséquences des problèmes au lieu de s'attaquer à leurs causes réelles. Les chercheurs malgré leurs déclarations d'intention ne sont presque jamais arrivés à orienter leurs travaux vers la recherche appliquée. L'instrumentalisation des lois et règlements se manifeste par leur application brutale sans éducation préalable des populations. Ce qui a

provoqué des réactions dévastatrices sur les ressources naturelles, les forêts notamment.

La persistance de l'analphabétisme, la paupérisation grandissante des populations et l'incivilité liée à la mauvaise compréhension de la démocratie, sont des contraintes à une gestion participative des ressources naturelles. A cela, s'ajoute un manque notoire de connaissance des relations de cause à effets entre les différentes composantes de l'environnement et celles économiques et sociales du développement. La péjoration climatique, la sécheresse, la désertification, l'accroissement exponentiel des besoins en produits naturels : terres arables, produits forestiers, pâturages, eau potable et surtout la persistance de l'analphabétisme sont autant de contraintes à la réalisation de ces orientations stratégiques. Les stratégies sectorielles nationales et des codes, intégrant les aspects environnementaux, ont été élaborés entre 2001 et 2005 pour l'agriculture, l'élevage, l'énergie, le reboisement, l'eau<sup>61</sup>. Ce qui caractérise ces politiques c'est leur caractère sectoriel, leur manque de cohérence et de synergie. La mise en œuvre des programmes est souvent déficiente, faute de capacités techniques ou de volonté politique.

*2. Un manque de ressources humaines, matérielles et financières suffisantes*

Qu'il s'agisse de l'administration publique, des collectivités territoriales, du secteur privé et de la société civile, le Mali manque de ressources humaines, matérielles et financières suffisantes pour la conception, et la mise en œuvre satisfaisante de politiques efficaces de développement économique social et culturel. L'élément essentiel de l'économie moderne est la qualité de la ressource humaine. L'évolution des techniques et des technologies a fortement élevé la contribution de la connaissance dans la production des biens et des services. L'alphabétisation de tous les citoyens est d'une impérieuse nécessité. L'éducation a un grand impact sur l'amélioration du niveau

---

<sup>61</sup> Il est déplorable que le Mali n'a jusqu'à présent pas élaboré un Code de l'environnement.

de développement durable au Mali. Elle permet à l'individu de modifier ses convictions, comportements, valeurs et attitudes à l'égard du travail et de la société. La recherche notamment en matière de gestion des ressources naturelles, de développement des différents secteurs de développement est largement insuffisante pour répondre aux nombreux défis qui se posent à l'ensemble du développement.

Les ressources matérielles des administrations en général et des collectivités territoriales naissantes sont le plus souvent insuffisantes et surtout inadaptées aux particularités de l'économie nationale. Cette situation est en relation avec la faiblesse des moyens financiers des administrations publiques et la gestion irrationnelle des ressources humaines et matérielles. La très forte dépendance des administrations publiques, privées et de la société civile réduit le choix notamment de la qualité du matériel.

Concernant les ressources financières, elles sont essentiellement publiques et fortement dépendantes de la solidarité internationale. Les investissements sont largement financés sur les dons et prêts des partenaires techniques et financiers. Le secteur privé est encore faible pour constituer une source majeure de financement du développement. Cette situation est due aux difficiles conditions d'accès aux prêts bancaires, la forte dynamique du secteur informel, etc.

Si *a priori* le développement humain durable est compromis au Mali, il est possible de le restaurer.

## **II. Un développement humain durable encore possible**

La bonne gouvernance est un préalable pour le développement en général et le développement humain en particulier. Elle crée le socle sur lequel se pose le développement humain durable. Qui dit bonne gouvernance parle de : la participation communautaire, l'accès aux services et infrastructures de base, la qualité, le choix des priorités en matière de développement, la répartition des richesses nationales, l'adhésion aux règles établies et la légitimation sociale de l'autorité.

La gouvernance publique est le processus d'exercice de l'autorité au nom des citoyens. Elle inclut le processus de sélection et de

remplacement des responsables, ainsi que le processus de formulation, de mise en œuvre, de suivi et d'évaluation des politiques publiques. Il convient ici d'insister sur un point : la bonne gouvernance est définie plus par la qualité du processus de cette gouvernance, et moins par ses résultats<sup>62</sup>. Au Mali, la bonne gouvernance environnementale repose sur une implication effective de tous les acteurs concernés (collectivités locales et société civile) (A), mais aussi, elle nécessite une protection de l'environnement par le droit pénal de l'environnement (B), principal moyen de réprimer les atteintes liées à l'environnement et à ses ressources naturelles.

#### *A. L'implication de tous les acteurs*

La gestion de l'environnement exige une gouvernance plurielle. L'environnement étant un patrimoine commun, sa protection doit être une affaire de tous. Cette exigence de démocratie écologique trouve son fondement dans la déclaration de Stockholm<sup>63</sup> et celle de Rio<sup>64</sup> aux fins duquel : « la meilleure façon de traiter les questions de l'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient ». Cette participation concerne aussi bien les femmes<sup>65</sup>, les jeunes<sup>66</sup> que les populations et communautés autochtones<sup>67</sup>. En dépit de l'action des pouvoirs publics, une place importante doit être accordée aux collectivités locales (1), mais aussi à la société civile (2).

##### *1. Le transfert de compétences aux collectivités locales*

La décentralisation suppose un transfert de compétences de l'Etat vers des structures décentralisées : c'est l'application du principe de

---

<sup>62</sup> Adaptée de la définition donnée par Édouard Al-Dahdah, spécialiste en gouvernance : lettre d'information n° 5 du groupe de la Banque mondiale au Maghreb, juin 2007.

<sup>63</sup> Principes 4 et 19.

<sup>64</sup> Principe 10.

<sup>65</sup> Principe 20.

<sup>66</sup> Principe 21.

<sup>67</sup> Principe 21.

subsidiarité<sup>68</sup>. Ce transfert doit être accompagné concomitamment des ressources financières nécessaires à l'exercice de ces missions. Au départ, elle peut se définir comme un mouvement de réforme politique et administrative permettant de céder, en nombre variable et selon différents dosages, des fonctions, des responsabilités, des ressources et des pouvoirs politiques et budgétaires aux échelons inférieurs de l'Etat<sup>69</sup>. Il peut aussi s'agir d'une cession de fonctions ou de responsabilité à des institutions parapubliques ou privées<sup>70</sup>. La décentralisation renvoie à l'idée de gouvernance locale et met l'accent sur l'auto-administration des collectivités, s'inscrivant plutôt dans une logique de démocratie locale.

En effet, la décentralisation au Mali est l'aboutissement d'une longue quête, dont les débuts remontent à l'époque précoloniale, par la création des communes mixtes, de moyen exercice, et de plein exercice. En 1919, le Mali obtint ses premières communes à savoir Bamako<sup>71</sup>, Kayes<sup>72</sup>, qui étaient considérées comme des communes mixtes de plein exercice. En 1953 et 1954, Mopti<sup>73</sup> et Ségou<sup>74</sup> deviennent respectivement des communes mixtes, et suivies en 1958

---

<sup>68</sup> J. L. CLERGERIE, « Les origines du principe de subsidiarité », *Les Petites Affiches*, n° 97, 13 août 1993, p. 34-39 ; F. BILLAUDOT « Les structures administratives de l'environnement au niveau régional et départemental » *RJE*, 1976, n° 3-4, p. 337.

<sup>69</sup> G. A. DAKOUO, *La contribution de la décentralisation à la réduction de la pauvreté au Mali*, mémoire de maîtrise, Faculté des sciences économiques et de gestion de Bamako (FSEG), 2009, p. 11.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>71</sup> Bamako (qui signifie « marigot du crocodile ») a été fondée à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle par les Niare (ou Niakate), est la capitale et la plus grande ville du Mali. Principal centre administratif du pays et doté d'un important port fluvial sur le Niger et centre commercial rayonnant sur toute la sous-région, la ville compte environ 7 000 000 habitants en 2017, appelés *Bamakois*. Son rythme de croissance urbaine est actuellement le plus élevé d'Afrique (et le sixième au monde). La capitale Bamako est érigée en district et divisée en six communes dirigées par des maires élus.

<sup>72</sup> Première région administrative du Mali.

<sup>73</sup> Cinquième région administrative du Mali.

<sup>74</sup> Quatrième région administrative du Mali.

par la création des communes de moyen exercices de : Gao<sup>75</sup>, Kati<sup>76</sup>, Koulikoro<sup>77</sup>, Koutiala<sup>78</sup>, Kita<sup>79</sup>, Nioro<sup>80</sup>, San<sup>81</sup>, Sikasso<sup>82</sup>, et Tombouctou<sup>83</sup>.

A l'indépendance, la Constitution du 22 septembre 1960 déclare en son article 41 que « toutes les collectivités territoriales de la république seraient administrées librement par des organes élus ». En 1966, elle se contente seulement d'harmoniser les treize communes urbaines héritées de l'administration coloniale pour en faire des communes de plein exercice avec l'adoption de la loi n° 66-9/AN RM du 2 mars 1966 portant Code des municipalités au Mali. La deuxième république, qui garda les mêmes dispositifs constitutionnels, ne se borne qu'à ériger Bamako en 1978, en un district composé de six communes et plus celle de Bougouni en 1982. A la veille de la troisième République, le Mali ne comptait que dix-neuf communes et avec un Etat centralisé autour des arrondissements, des cercles, et des régions, dont les autorités étaient nommées par le pouvoir central. C'est dans ce cadre que ce fut amorcé le processus de décentralisation au Mali suite aux événements de mars 1991 et le mouvement de la rébellion autonomiste touareg. Ainsi, fut adoptée, après la Constitution du 25 février 1992 qui pose le principe de la décentralisation du territoire, la loi n° 93-008 du 11 février 1993 déterminant les conditions de libre administration des collectivités

---

<sup>75</sup> Septième région administrative du Mali.

<sup>76</sup> Cercle relevant administrativement de la deuxième région administrative du Mali.

<sup>77</sup> Deuxième région administrative du Mali.

<sup>78</sup> Cercle relevant administrativement de la troisième région administrative du Mali.

<sup>79</sup> Cercle relevant administrativement de la première région administrative du Mali.

<sup>80</sup> Cercle relevant administrativement de la quatrième région administrative du Mali.

<sup>81</sup> Cercle relevant administrativement de la quatrième région administrative du Mali.

<sup>82</sup> Troisième région administrative du Mali.

<sup>83</sup> Sixième région administrative du Mali.

territoriales<sup>84</sup>. Avec l'adoption de la loi n° 96-059 du 4 novembre 1996, le processus de décentralisation trouve un second souffle, et une ampleur sans précédent sous la 3<sup>ème</sup> République, avec la création de 682 nouvelles communes, portant le nombre total des communes à 701 en 1999 ; et cependant avec des communes urbaines, et rurales. L'assise juridique est achevée et la décentralisation est devenue effective au Mali par les élections locales de 1999, et avec la création de 703 communes, 49 cercles, et 8 régions, avec le district de Bamako.

En faisant le choix constitutionnel de la décentralisation, le Mali a fait celui de la fondation de l'appareil d'Etat, d'autant que la décentralisation implique une redistribution des rôles et responsabilités entre l'Etat et les collectivités territoriales. Selon le code des collectivités territoriales de 2017<sup>85</sup>, les collectivités territoriales décentralisées ont un rôle important à jouer, en raison du transfert d'un certain nombre de compétences, dans la gestion, l'aménagement, la conservation et la sauvegarde de l'équilibre écologique de leurs territoires<sup>86</sup>. Elles ont, en outre, l'autorité en matière de mise en œuvre des activités de développement économique, social et culturel d'intérêt régional et local.

Dans le cadre de l'approfondissement du processus de décentralisation, un nombre significatif de compétences en matière de gestion des ressources naturelles et de protection de l'environnement ont été transférées aux collectivités locales. La gestion durable des ressources naturelles et de l'environnement, en raison de son importance stratégique dans la planification du développement économique et social, se situe au centre des principales

---

<sup>84</sup> Actuellement, c'est la loi n° 2012-007/P-RM du 07 février 2012, portant Code des collectivités territoriales qui est vigueur au Mali.

<sup>85</sup> C'est à travers la loi n° 96-50 du 16-10-1996 que l'Assemblée nationale du Mali posait l'acte de création des communes du Mali. Ceci était le début de la matérialisation de la décentralisation, cette loi a été modifiée en 1998, en 2012, aussi en 2017 par la loi n° 2017-051 du 02 octobre 2017 portant Code des collectivités territoriales au Mali, aujourd'hui en vigueur.

<sup>86</sup> Ministère de l'Environnement du Mali/ Secrétariat permanent du PNAE-CID : *op. cit.*, p. 68.

préoccupations des pouvoirs publics<sup>87</sup>. Elle est basée sur certains principes directeurs tels que la participation, la responsabilisation, le partenariat et la bonne gouvernance. La participation des acteurs impliqués dans la mise en œuvre du développement durable est sollicitée par les institutions publiques pour plusieurs raisons : elle permet de valoriser les compétences locales, de garantir la prise en compte des préoccupations des populations dans la définition des lignes d'actions et de procéder à une délimitation concertée des rôles et responsabilités de chaque catégorie d'acteurs, dans la mise en œuvre des programmes de développement.

2. *L'importance de la société civile dans la protection de l'environnement*

Agathe Van Lang estimait, et cela à juste titre, que le développement de la transparence administrative et de la démocratie participative n'a pas manqué ces dernières décennies de « rejaillir sur le droit de l'environnement »<sup>88</sup>. Elle ajoute qu'« en la matière, l'émergence de nouveaux acteurs tels que les associations ou la population elle-même et la consécration de nouveaux principes d'information et de participation, reflètent l'intérêt manifesté par l'opinion publique... »<sup>89</sup>. La multiplicité de ces « *nouveaux acteurs* » nous oblige à les intégrer dans une spirale beaucoup plus large, à savoir la société civile.

La société civile peut être définie comme la société qui regroupe notamment les organisations syndicales et patronales, les organisations non gouvernementales (ONG), les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des églises et communautés religieuses<sup>90</sup>. Une autre définition de la société civile

---

<sup>87</sup> SOW A. A. L'effectivité du droit de l'environnement au Sénégal, thèse de doctorat, Université Gaston Berger de Saint-Louis (Dakar), p. 388.

<sup>88</sup> A. V. LANG, *Droit de l'environnement*, p. 192 et s.

<sup>89</sup> *Idem.*

<sup>90</sup> B. CAMARA, « Les organisations de la société civile dans le processus démocratique au Mali », *Annales africaines*, Nouvelle série, Volume 1, décembre 2014, p. 215.

beaucoup plus systématique est donnée par J. L. Quermonne comme étant « l'ensemble des rapports individuels, des structures familiales, sociales, économiques, culturelles, religieuses, qui se déploient dans une société donnée, en dehors du cadre et de l'intervention de l'Etat »<sup>91</sup>.

Toutes ces définitions ont tendance à distinguer les activités de la société de celles de l'Etat, cependant, dans la réalité elles s'entremêlent. Car, peu d'activités humaines échappent aux règlements ou subventions de l'Etat. Dans l'objectif d'une protection effective de l'environnement, la société civile joue le rôle d'interprète ou d'avocat de l'environnement ; mais aussi, par ses campagnes de sensibilisation envers l'opinion et ses dénonciations à l'encontre des délinquants écologiques.

Selon le principe 10 de la déclaration de Rio « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré. ». Par ailleurs, la troisième partie de l'Agenda 21 intitulée « Renforcement du rôle des principaux groupes » contient un chapitre 27 portant sur le renforcement du phénomène ONG. D'autres textes internationaux<sup>92</sup> et sous-régionaux,

---

<sup>91</sup> Voir J. L. QERMONNE, *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Seuil 1986, 316 p.

<sup>92</sup> Nous pouvons citer la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 ; la convention-cadre sur les changements climatiques du 9 juin 1992 ; la convention de lutte contre la désertification du 17 juin 1994 ; la convention d'Arrhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information sur l'environnement et la participation du public, et enfin, en France, la charte de l'environnement par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005.

exigent une implication totale des associations de protection de l'environnement.

Au niveau national, l'écllosion des associations de protection de l'environnement est fortement influencée par le contexte global, à l'image de ce que Patrick Juvet Gnintedem appelle « le vent de l'Est »<sup>93</sup>. Acculés au niveau international aux lendemains des conférences de Stockholm et de Rio, tous les pays africains, particulièrement le Mali, vont reconnaître les associations de protection de la nature. Signalons dans cette optique, qu'il y a une pluralité d'acteurs qui, sous la forme d'organismes<sup>94</sup> (nationaux ou internationaux) ou d'associations avec des régimes plus souvent de droit privé, forment cette société civile.

Dans de nombreux Etats, notamment en France, une forte doctrine<sup>95</sup> et une jurisprudence passionnante<sup>96</sup> ont contribué à

---

<sup>93</sup> P. J. GNINTEDEM, *Les ONG et la protection de l'environnement en Afrique centrale*, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Limoges, 2003, p. 9.

<sup>94</sup> Des organismes internationaux sont présents au Mali, parmi lesquels, nous avons : l'UICN, ENDA-TIERS MONDE, GIZ... etc.

<sup>95</sup> Voir J. MORAND DEVILLER, « Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique », *RFDA*, 1996, p. 2 ; R. LEOST, « L'agrément des associations de protection de l'environnement », *RJE*, 1995-2 ; J. LAMARQUE « Les associations de protection de la nature et de l'environnement », *AJDA*, 1980, p. 150 ; J. RAYMOND, « En matière de défense de l'environnement : la qualité pour agir des associations et le recours pour excès de pouvoir », *RJE*, 1991, n° 4, p. 453 et s. ; B. BUSSON, « Le mauvais procès des recours des associations: faux arguments et vraies menaces » *RJE*, 2001, n° 1, p. 59 ; Stéphane DOUMBE BILLE, « La demande des associations de protection de la nature : étude des livres blancs » in *L'écologie et la loi ; le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan 1989, p. 272-281 ; M. PRIEUR, « L'agrément des associations de protection de la nature et de l'environnement », *DS*, 1978, chron. XXIX ; M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988-4 ; Hubert CLAIRE, « Les associations de protection de l'environnement et le droit : *Quelles actions juridiques pour garantir un plus grand respect de l'environnement dans la décision* », Mémoire IEP de Lyon, juin 2005, 62 p.

<sup>96</sup> Conseil d'Etat, 28 mars 1997 *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres.* ; CE 26 juillet 1985 *Union régionale pour la*

l'éclosion et au perfectionnement de l'action des associations de protection de l'environnement. Le contentieux a notamment porté sur l'agrément. Cependant, au Mali, sont considérées comme ONG toutes les associations ayant reçu l'agrément de l'Etat et ayant signé avec lui un accord-cadre définissant les conditions et le cadre de leurs interventions. Ce critère sera retenu, par la suite, pour qualifier d'ONG les associations de solidarité notamment de nationalité non-malienne.

Les relations entre les ONG et l'Etat sont régies par un document l'accord-cadre, signé par chacune des deux parties. Au préalable, l'Etat, par le biais du secrétariat technique chargé des relations avec les ONG (ministère de l'Intérieur), doit accorder un agrément à l'ONG. De par sa nature, l'ONG a un statut juridique de droit privé. Selon la nationalité, l'agrément revêt une signification différente, il permet à l'ONG malienne d'acquérir une existence juridique et de pouvoir exercer légalement ses activités ; pour l'ONG étrangère, il constitue une autorisation à intervenir au Mali. On peut préciser en outre que les ONG ont en général une meilleure connaissance des réalités du terrain, ce qui les prédispose à être les partenaires privilégiés des bailleurs de fonds.

Au plan technique, les structures internationales ont plus de moyens que les structures nationales afin de mener à bien leurs

---

*défense de l'environnement, de la nature, de la vie et de la qualité de la vie en Franche-Comté (U.R.D.E.N.), Rec., p. 251 ; CE 15 janvier 1986 Fédération française des sociétés de protection de la nature, n° 48-271, Rec. ; CE 22 octobre 1986 Union départementale des consommateurs des Bouches-du-Rhône et M. Reynaud, n° 50-893 -50-894 ; CE 20 novembre 1986 Association intercommunale de défense contre les nuisances de l'aérodrome de Valence-Chabreuil, n° 40-524 ; CE 29 janvier 1988 Association Segustéro, n° 48-813, Rec. ; CE 10 mars 1989 Association Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise, n° 83-153, Rec. ; CE 21 juillet 1989 Fédération des associations du Sud-Est pour l'environnement et autres, n° 95-755, Rec. ; CE 5 février 1990 Association contre le déclassement et la vente du champ de foire de Saint-Germain-du-Bois, n° 88-452 ; CE 25 mai 1990 Bauret, n° 10-4-519, Rec. ; CE 31 octobre 1990 Union régionale pour la défense de l'environnement, n° 95-083, Rec.*

actions de protection de l'environnement. Ces divers atouts font que la contribution de la société civile est assez remarquable.

Par ailleurs, la contribution de la société civile dans la perspective d'une protection effective de l'environnement peut se faire à deux niveaux : d'une part lors de l'élaboration des textes relatifs à l'environnement, et d'autre part, au moment de la mise en œuvre de ces textes. Pour l'essentiel, leur rôle se situe dans la constitution de relais d'information, de médiatisation, d'éducation environnementale, mais aussi un rôle d'expertise et de contre-expertise.

En effet, la société civile malienne éprouve de réelles difficultés pour participer à la mise en œuvre la gestion rationnelle des ressources naturelles. Elle est confrontée, au-delà des apparences, à de fortes entraves qui limitent ses actions. Ces entraves sont selon Patrick Juvet Gnintedem<sup>97</sup> soit intrinsèques ou extrinsèques. Par facteurs intrinsèques, il faut comprendre toutes les raisons intérieures entravant la contribution de cette société civile à l'application effective des textes de l'environnement. Les facteurs extrinsèques se résument essentiellement à la marginalisation de la société civile, particulièrement locale, lors de l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et textes juridiques sur l'environnement.

Ces différents facteurs qui entravent l'efficacité des actions de la société civile environnementale malienne méritent aujourd'hui une correction qui passe indubitablement par une redynamisation de ces structures. Il est aujourd'hui urgent pour cette société civile de s'armer en ressources humaines ayant une expertise dans le domaine de l'environnement. Les spécialistes en droit de l'environnement sont rares au Mali ; la faiblesse quantitative des thèses de juristes sur l'environnement en atteste<sup>98</sup>. Ibrahima Ly disait à ce propos qu' « il est vrai que la famille des écojuristes n'est pas encore suffisamment

---

<sup>97</sup> P. J. GNINTEDEM, *Les ONG et la protection de l'environnement en Afrique centrale*, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Limoges, 2003 p. 24-31.

<sup>98</sup> A notre connaissance, il n'y a que quatre thèses en droit de l'environnement : celle de Moussa Etienne TOURE en 2016, celle de Mamadou MOUNKORO en 2017, celle de Yamadou CAMARA en 2017 et celle de Diakalia S. SIDIBE en 2018.

fournie en Afrique. Cependant, de plus en plus, les juristes généralistes s'orientent vers la spécialisation en droit de l'environnement »<sup>99</sup>. Ce personnel doit être en mesure d'intervenir dans l'élaboration et l'interprétation des normes environnementale.

Le rôle des acteurs est indispensable, mais le droit dans une *approche* pénale peut contribuer à la restauration de l'environnement pour un développement humain durable.

### ***B. La nécessaire protection de l'environnement par le droit pénal de l'environnement***

La prévention des atteintes à l'environnement ne suffit pas à elle seule pour en garantir une totale protection<sup>100</sup>. C'est pourquoi le recours aux autres instruments intervenant en aval, c'est-à-dire ceux intervenant consécutivement à une atteinte à l'environnement<sup>101</sup>, se révèle inéluctable.

La répression des atteintes à l'environnement puise la source de sa légalité dans les différents textes législatifs intervenant en la matière et les règlements pris pour leur application. A cela il convient d'ajouter que les prescriptions consignées dans les autorisations constituent également la source de la légalité d'incrimination de nombreuses infractions en matière d'environnement et, en cela, elles permettent aux instances de répression de connaître les éléments constitutifs desdites infractions<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> I. LY, *Bilan et perspectives du droit de l'environnement en Afrique à l'aube du troisième millénaire*, p. 3.

<sup>100</sup> Ahmed REDDAF, « Les différentes mesures répressives à caractère réel dans le droit algérien de l'environnement », *RASJEP*, n° 02, 2002, p. 7.

<sup>101</sup> Il en est ainsi, à titre d'exemple, de la taxe écologique et des mesures à caractère réel telles que la compensation environnementale et la remise en état des lieux lorsqu'elle est imposée comme condition à l'octroi de l'autorisation.

<sup>102</sup> Il s'agit là, à titre d'exemple, des prescriptions fixant les seuils d'émission à ne pas dépasser et celles liées aux mesures d'intervention et de sécurité. De manière générale, les prescriptions de fonctionnement d'un établissement ou d'une installation classée.

Aujourd'hui, la délinquance écologique apparaît comme une criminalité à part entière qui suscite une réprobation sociale générale et de plus en plus unanime. La doctrine s'accorde à considérer à cet égard que la délinquance écologique constitue à l'heure actuelle une manifestation autonome du phénomène criminel qui appelle une sanction. Au-delà des criminologues, le corps social a lui-même pris conscience de la gravité et de la dangerosité des actes de délinquance écologique. Cette reconnaissance en tant que manifestation intrinsèque du phénomène criminelle fait recours au droit pénal de l'environnement au nom de la sauvegarde d'une nouvelle valeur sociale protégée qui est l'environnement<sup>103</sup>. Tout acte de délinquance écologique apparaît dès lors comme une manifestation d'indifférence ou d'hostilité à l'égard de cette valeur et doit, de ce fait, être pénalement sanctionné.

Le droit pénal de l'environnement est donc l'ensemble des dispositions répressives qui préviennent et sanctionnent la dégradation par l'homme du milieu physique ou biologique dans lequel il vit. Au-delà de ses particularités, cette branche du droit pénal répond aux fonctions essentielles du droit pénal général : tout d'abord, une fonction répressive qui relève de son essence, permettant de sanctionner les comportements dangereux pour l'ordre public ou du moins contraires aux exigences de la vie en société ; puis une fonction protectrice assurant la sécurité sans laquelle aucune liberté ne peut être pleinement exercée ; et enfin, une valeur expressive des valeurs de la société démontrant tout l'intérêt attaché par le législateur au respect de certaines dispositions.

La sauvegarde d'un cadre de vie sain et la conservation de la nature sont des préoccupations des autorités au Mali. La Constitution du 25 février 1992, qui est la loi fondamentale du pays, consacre cette volonté en disposant que : « Toute personne a droit à un environnement sain, la protection, la défense de l'environnement et la promotion de la qualité de vie sont un devoir pour tous et pour

---

<sup>103</sup> Cf. Patrick MISTRETTA, *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, thèse pour le doctorat en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3.

l'Etat »<sup>104</sup>. La dégradation du couvert végétal, la détérioration des conditions d'hygiène nécessite le recours à un droit pénal de l'environnement efficient. Alors, le constat est que le droit pénal malien de l'environnement se caractérise par un dispositif souvent bien élaboré, à l'apparence redoutable (1), répond une répression inefficace (2), élément qui nous renvoie aux différentes solutions pour son efficacité.

*1. Le caractère redoutable du droit pénal de l'environnement*

Le droit pénal de l'environnement n'est pas une branche autonome du droit, mais, si l'on peut dire, une des voies d'approche du droit de l'environnement. En principe, il vient renforcer et sanctionner le régime réglementaire et législatif général, par la mise en œuvre de divers moyens de répression. Le particularisme du droit pénal de l'environnement se manifeste au niveau des intervenants dans la constatation des infractions et des modalités de traitement de l'infraction écologique.

A côté des officiers et des agents de police judiciaire, le Code de procédure pénale et les lois spécifiques attribuent des pouvoirs de police judiciaire à certaines personnes qui n'appartiennent ni à la gendarmerie nationale, ni à la police nationale<sup>105</sup>. De même, « les ingénieurs et agents assermentés des eaux et forêts recherchent et constatent par procès-verbaux les infractions à la réglementation des eaux et forêts, la chasse et la pêche »<sup>106</sup>, tandis que, « ils remettent les procès-verbaux visés aux articles 41 et 42 à leurs chefs hiérarchiques qui les transmettent au procureur de la République ou au juge de paix à compétence étendue »<sup>107</sup>.

Concernant, la gestion des ressources naturelles, « les agents forestiers et les officiers de police judiciaire recherchent et constatent

---

<sup>104</sup> Article 15 de la constitution malienne du 25 février 1992.

<sup>105</sup> Voir article 39 du Code de procédure pénale malien : « Les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois ».

<sup>106</sup> Voir article 41 du Code de procédure pénale.

<sup>107</sup> Voir article 46 du Code de procédure pénale.

par procès-verbal, les infractions à la législation forestière dans leur domaine »<sup>108</sup>. En outre, « le directeur du service chargé des pêches et de la pisciculture ou le représentant des collectivités décentralisées peuvent concurremment avec le ministère public interjeter appel et se pourvoir en cassation »<sup>109</sup>. Aussi, « les agents assermentés du service chargé des pêches et de la pisciculture de l'Etat et des collectivités territoriales décentralisées peuvent citer directement pour l'audience la plus prochaine toutes les affaires relatives à la police de la pêche »<sup>110</sup>.

Outre le Code pénal, il existe une impressionnante législation spéciale qui comporte d'importantes dispositions répressives. Il faut tout de même signaler que les infractions pénales relatives aux atteintes à l'environnement sont de la compétence des juridictions de droit commun et leur sanction n'est pas dérogatoire au droit commun. Par ailleurs, on reproche au droit pénal de l'environnement son manque de lisibilité, sa technicité et son imprécision.

D'abord, le droit pénal de l'environnement est du fait de la multiplicité des textes, difficile à appréhender dans sa globalité. Selon un auteur : la méthode d'élaboration des textes environnementaux utilisée ces trente dernières années a transformé le droit pénal de l'environnement en un « maquis juridique dont seuls quelques spécialistes savent débrouiller les pistes »<sup>111</sup>. De même, le manque de lisibilité du droit pénal de l'environnement peut s'expliquer par le recours fréquent à l'incrimination par renvoi, c'est-à-dire que le texte de loi ne précise que la sanction encourue, alors que la description de l'acte interdit se trouve ailleurs.

Ensuite, c'est un droit élaboré et contrôlé par des spécialistes, d'où sa grande technicité. En effet, le législateur confie à des ingénieurs,

---

<sup>108</sup> Voir article 63 de la loi n° 94-04 du 18 janvier 1995 fixant les conditions de gestion des ressources naturelles.

<sup>109</sup> Voir article 52 de la loi n° 95.031/AN-RM du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune sauvage et de son habitat.

<sup>110</sup> Voir article 53 de la loi n° 95.031/AN-RM du 20 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune sauvage et de son habitat.

<sup>111</sup> Cf. J.H. ROBERT, « Droit pénal et environnement », *A.J.D.A.*, 1994, p. 583.

biologistes, naturalistes, le soin de définir les conditions de fonctionnement d'activités polluantes, de préciser les normes de rejets dans les milieux, les espèces faunistiques, floristiques qu'il convient de protéger. Les textes relatifs à la protection de l'environnement sont particulièrement obscurs pour le non spécialiste.

En droit pénal, il existe un principe de droit qui est celui de l'interprétation stricte de la loi pénale. Cette règle garantit le respect des libertés individuelles est le corollaire du principe de légalité. En fait, s'il est interdit au juge de punir des faits qui ne sont pas prévus par la loi, il serait incohérent de lui donner le pouvoir de punir des faits qui, n'étant pas formellement prévus par la loi, le seraient suite à l'interprétation qu'il pourrait faire du texte. A l'heure actuelle, peu de juristes et donc de magistrats sont compétents en matière de droit pénal de l'environnement, ce qui contribue à en affaiblir la répression tout en la rendant arbitraire.

Enfin, Il y a des hypothèses dans lesquelles le droit pénal de l'environnement se montre insuffisamment clair, les termes utilisés par le législateur étant trop généraux pour savoir avec exactitude ce qu'ils recouvrent. Ainsi, il découle de ce qui précède, qu'il existe aujourd'hui au Mali, un dispositif pénal environnemental extrêmement important, redoutable à l'apparence, qui malgré ses défauts (manque de lisibilité, très technique et imprécis), devrait garantir une mise en jeu systématique de la responsabilité pénale du délinquant écologique.

#### *2. L'inefficacité du droit pénal de l'environnement*

L'inefficacité du droit pénal de l'environnement peut se faire au niveau des objectifs visés ou des effets pervers à éviter. Dans le premier cas d'inefficacité, la législation n'a pas atteint les objectifs visés, dans le second la norme a produit d'autres résultats que ceux attendus. L'inefficacité est appréciée directement lorsqu'on considère que les résultats attendus de la réglementation ne sont pas obtenus. On se réfère à un « but idéal sous entendant une vertu

d'opérationnalité directe des textes »<sup>112</sup>. Ainsi, l'ensemble de la législation en matière de protection de l'environnement est considéré comme inefficace dans la mesure où, il apparaît que les pratiques polluantes se maintiennent à un niveau élevé<sup>113</sup>.

L'approche qualitative de la législation environnementale montre en premier lieu que le législateur a conçu le droit pénal de l'environnement comme un droit pénal administratif comme en France. L'administration y est omniprésente de l'élaboration à l'apparition de la norme pénale écologique. Elle intervient même en cas de violation des prescriptions environnementales, car le législateur a mis à sa disposition des sanctions administratives qui apparaissent bien souvent comme un préalable à la reconnaissance de la responsabilité pénale. Dans ces conditions, le juge occupe en définitive, une position de retrait puisqu'il n'intervient qu'en dernier ressort. D'un point de vue quantitatif, en second lieu, la politique législative peut être mise en cause. Les normes pénales environnementales sont contenues dans une multitude de textes désordonnés et dispersés, ce qui constitue un véritable dédale législatif. Dans ces conditions, la réglementation environnementale est le plus souvent ignorée et inappliquée.

Un autre effet pervers de cette technique législative est son incohérence qui se manifeste par l'existence de certaines dispositions juridiques dérogatoires participant à la complexité du droit élaboré. Il en résulte un droit pénal complexe et technique qui ne garantit pas une reconnaissance de la responsabilité pénale en cas d'atteinte à l'environnement.

Face à tant de lacunes législatives, l'application efficace du droit pénal de l'environnement est conditionnée par l'existence d'un juge pénal motivé et désireux s'investir pleinement dans le contentieux environnemental. Un tel état d'esprit fait cependant défaut en ce moment en matière environnementale, et c'est la raison de

---

<sup>112</sup> P. LASCOUMES et E. Serverine « Théories et pratiques de l'effectivité du droit » *Droit et Société* n° 2, 1986, p. 12.

<sup>113</sup> S.CHARBONNEAU « L'Etat, le droit et l'environnement », *Esprit* 1976, n° 10, p. 392.

l'ineffectivité de la responsabilité pénale du délinquant écologique. Cette défaillance de l'institution judiciaire se manifeste tout d'abord au sein du ministère public qui, bien souvent, n'intègre pas la lutte contre la délinquance écologique parmi ses objectifs prioritaires.

En outre, une autre source de l'inefficacité du droit pénal résulte des considérations sociales et économiques. Certaines activités prohibées sont considérées par nombre de Maliens comme ayant une utilité sociale. Pour les populations des zones rurales, la chasse est considérée comme un moyen de subsistance. Elle permet à ceux qui la pratiquent de nourrir leurs familles en se procurant quelques revenus. La déforestation est due à la pauvreté. En effet, les populations qui n'ont pas accès aux sources d'énergie industrielle, sont obligées de faire la coupe du bois pour satisfaire leurs besoins d'énergie.

Enfin, on note une utilisation abusive de la transaction. En effet, tous les textes relatifs à la protection de l'environnement prévoient la transaction comme mode de règlement des atteintes à l'environnement<sup>114</sup>.

Devant tant d'effets négatifs, que faut-il faire pour rendre le droit pénal de l'environnement effectif au Mali ? Il convient donc, de remédier à l'ignorance et à l'incohérence législative en posant les voies d'une politique législative nouvelle afin que le fait générateur de responsabilité pénale soit dorénavant défini en des termes simples, clairs et précis.

Les nouvelles orientations législatives devront se concrétiser par l'élaboration d'un Code de l'environnement qui sera plus maniable par les utilisateurs, mais aussi une transformation de la pratique judiciaire en matière de contentieux écologique s'impose en second lieu. De ce fait, il est nécessaire que les modalités de l'intervention du juge soient redéfinies à un double point de vue. Il s'agit tout d'abord de convaincre les magistrats que leur intervention en cas d'infraction écologique s'avère indispensable car non seulement elle offre aux délinquants de réelles garanties procédurales, mais aussi, elle permet

---

<sup>114</sup> Voir article 155 de la loi n° 95-031 du 30 mars 1995 fixant les conditions de gestion de la faune et de son habitat.

à la norme pénale environnementale d'exercer pleinement sa fonction expressive et pédagogique.

\*

\* \*

La réalisation d'un développement humain durable au Mali, nécessite au préalable pour les autorités, la volonté d'une initiative nationale, d'un esprit de nationalisme et de patriotisme qui détermine des objectifs et des ambitions orientés à la satisfaction des aspirations et des activités d'intérêt générales des nationaux et à leur protection. C'est dans ce cadre que le Mali aurait un climat stable et plus pacifique qui permet la bonne gouvernance et la disparition des pratiques méchantes qui affaiblissent son développement socio-économique et culturel.

La société malienne aspire aujourd'hui non seulement à une satisfaction de ses besoins fondamentaux en matière d'alimentation, d'éducation, de santé, d'hygiène et assainissement, d'emploi et de revenu, mais aussi à un développement humain durable qui recommande d'ailleurs entre autres de :

- améliorer les techniques de maîtrise des eaux de surface et des eaux souterraines par la réalisation des barrages, la mise en place d'un programme de gestion intégrée des ressources en eau ;

- élaborer et appliquer rigoureusement une politique réaliste d'aménagement du territoire pour une gestion durable des ressources ;

- atténuer la pression humaine sur les ressources forestières par la poursuite de la promotion des énergies de substitution, des énergies nouvelles et renouvelables et la réduction de la consommation de bois-énergie ;

- améliorer et rationaliser les techniques et pratiques pastorales et intégrer l'agriculture et l'élevage sur la base de connaissances scientifiques confirmées et des règles de gestion éprouvées ;

- assurer le contrôle rigoureux des produits chimiques toxiques utilisés dans l'exploitation minière et l'application rigoureuse du code

minier et du décret portant institution des études d'impact sur l'environnemental ;

- renforcer les capacités individuelles, collectives et institutionnelles des intervenants par la poursuite de la formation du personnel, la modernisation du matériel et des équipements, la bonne gestion des ressources financières et humaines afin d'atteindre dans les meilleurs délais la santé pour tous ;

- lutter contre la pauvreté tout en assurant la sécurité foncière, l'inventaire des ressources naturelles, l'élaboration d'indicateurs de résultats liés aux droits de gestion des ressources.

- lutter contre l'ensablement de toutes les sources d'eau et singulièrement les cours d'eau ;

- renforcer les capacités de gestion communale, communautaire, et villageoise des ressources naturelles.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

### Ouvrages

- BELAID (N.), *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique*, Edition Bruylant, Bruxelles, 2008
- CHIKHAOUI (L.), *Droit pénal de l'environnement et de l'urbanisme*, PCREA, Tunis, 1999
- GUIHAL (D.), *Droit répressif de l'environnement*, Economica, 1997, 872 p.
- KAMTO (M.), *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef/AUPELF, 1996, p. 16
- KISS (A. C.) et BEURRIER (J. P.), *Droit international de l'environnement*, 4<sup>ème</sup> éd. Pedone, Paris 2010, p. 18-19
- LAMARQUE (J.), *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, Paris, LGDJ, 1973
- LANG (A. V.) *Droit de l'environnement*, 3<sup>ème</sup> éd., Thémis PUF, 2011, p. 2
- MORAND-DEVILLER (J.), *Le droit de l'environnement*, Paris, 2<sup>e</sup> éd, PUF, 2010, p. 6
- TABET-AOUL (M.), *Développement et Environnement au Maghreb : contraintes et enjeux*, ISBN, Québec-Canada, juillet 2010, p. 7

### Thèses

- BARRIERE (O.), *Gestion des ressources renouvelables et conservation des écosystèmes au Sahel : le foncier- environnement*, Thèse, 1996, Paris I Panthéon-Sorbonne, 686 p.
- LY (I.), *Problématique du droit de l'environnement dans le processus de développement économique et social d'un pays africain : le Sénégal*, Thèse, UCAD, 1994, 458 p.
- MISTRETTA (P.), *La responsabilité pénale du délinquant écologique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3
- SOW (A. A.) *L'effectivité du droit de l'environnement au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université Gaston Berger de Saint Louis (Dakar), p. 388.

**Articles, rapports, revues, cours et communications**

- BARTENSTEIN (K.), « Les origines du concept de développement durable », *Revue juridique de l'environnement*, 2005, 3, p. 289-297
- CAMARA B., « Les organisations de la société civile dans le processus démocratique au Mali », *Annales africaines*, Nouvelle série, Volume 1, décembre 2014, p. 215
- CT/CSLP (2002, 2007, 2012) : *Rapport CSLP 2002-2006*, version finale 2002
- DEVILLER (J. M.) « Les réformes apportées au droit des associations et de la participation publique », *RFDA*, 1996, p. 2
- PRIEUR (M.) « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE*, 1988-4
- QERMONNE (J. L.), *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Seuil 1986, 316 p.
- Rapport des consultations nationales sur l'agenda de développement de l'après-2015, mai 2013
- Rapport du STP/CIGQE décennal de l'état des lieux de la mise en œuvre de l'agenda 21 en vue de la préparation du sommet mondial Rio +10, 2000, p. 1
- Rapport National 2005 sur le Développement Humain au Mali. MDSSPA/ODHD/PNUD, décembre 2005
- Rapport final CSCR 2012-2017, version finale 2011
- REDDAF (A.), « Les différentes mesures répressives à caractère réel dans le droit algérien de l'environnement », *RASJEP*, n° 02, 2002, p. 7.
- ROETS (D.), « Les sanctions pénales du droit de l'environnement sont-elles utiles ? » *Revue de droit rural*, 1992, n° 205. p. 325

**Textes nationaux et internationaux**

*Textes nationaux*

- Constitution de la République du Mali du 25 février 1992
- Loi n° 95-03/AN-RM du 18 janvier 1995 portant organisation de l'exploitation, du transport et du commerce du bois, *JO* du 15 février 1995 de la République du Mali, p. 84

- Loi n° 95-04 AN-RM du 18 Janvier 1995 fixant les conditions de gestion des ressources forestières, *JO* du 28 février 1995 de la République du Mali, p. 125
- Loi n° 01-020 du 30 mai 2001 relative aux pollutions et aux nuisances, *JO* du 20 juin 2001 de la République du Mali, p. 646
- Loi n° 02-006 du 31 janvier 2002 portant sur le Code de l'eau, *JO* du 10 février 2002 de la République du Mali, p. 124
- Loi n° 02-017 du 03 juin 2002 régissant la détention, le commerce, l'exploitation, la réexportation, l'importation, le transport, le transit de spécimen d'espèces de faune et de flore sauvage, *JO* du 20 juin 2002 de la République du Mali, p. 658
- Loi n°02-008/ du 12 février 2002 portant modification et ratification de l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22mars 2000 portant Code domanial et foncier en République du Mali, elle-même modifiée par la loi n° 12-001 du 10 janvier 2012
- Loi n° 06-045 du 05 septembre 2006 portant loi d'orientation agricole, non publiée dans *JO*
- Loi n° 2017-051/P-RM du 02 octobre 2017, portant Code des collectivités territoriales au Mali, *JO* du 02 octobre 2017, n° 17 spécial, p. 2-30.
- Décret n° 99-149/PM-RM du 9 juin 1999 fixant les mécanismes institutionnels de la stratégie nationale du développement humain durable et de lutte contre la pauvreté, *JO* du 31 juillet 1999 de la République du Mali, p. 686
- Décret n° 06-258/P-RM du 22 juin 2006 fixant les conditions de l'audit d'environnemental, *JO* du 20 août 2006 de la République du Mali, p. 885
- Recueil en droit de l'environnement au Mali* Tome I, textes nationaux régissant l'environnement et les ressources naturelles, édition 2007.
- Recueil en droit de l'environnement au Mali* Tome I, textes internationaux, édition 2007

#### Textes internationaux

- Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, dite convention d'Alger de 1968, adhésion le 20 juin 1974

## Développement humain durable et dégradation environnementale

- Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières, adoptée le 30 janvier 1991, adhésion le 21 février 1996
- Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992, adhésion le 22 septembre 1992
- Convention internationale sur la diversité biologique du 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, adhésion le 22 septembre 1993
- Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification (CNUCLD) adoptée à Paris en 1994, adhésion le 15 octobre 1994
- Convention de Maputo du 11 juillet 2003 sur la conservation de la nature et des ressources naturelles
- Déclaration des Nations unies pour les objectifs du millénaire, 2000



## LA COMMANDE PUBLIQUE AU MALI : ENTRE VIOLATIONS ET INEFFICACITE

**Dr Nouhoum TANDINA,**

*enseignant chercheur à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

Les défis de l'intégration en Afrique de l'ouest, les contraintes politiques sociales et économiques propres aux Etats ont permis de transformer le contrat administratif dans l'espace UEMOA. Les sources se sont élargies, les fondements conceptuels et matériels ont connu une mutation. C'est dans cette contrainte qu'émerge le droit de la commande publique<sup>1</sup>. C'est pourquoi l'UEMOA a entrepris un programme régional de réforme visant à instaurer dans la commande publique, des pratiques de bonne gouvernance économique permettant aux États membres d'assurer l'efficacité de la dépense publique (deux directives de l'UEMOA traitent des marchés publics : la directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans la thèse de Madame Seynabou SAMB, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, p. 2.

<sup>2</sup> Les directives de l'UEMOA s'appliquent aux autorités contractantes des pays de l'UEMOA alors que le règlement de la CEMAC est d'application restreinte aux seules autorités contractantes de la CEMAC en tant qu'institution supra nationale et non à celles des pays de la CEMAC.

La législation ou la réglementation de la commande publique repose sur des principes à savoir : l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition des biens et services par les organismes publics ; le libre accès des fournisseurs à la commande publique ; l'égalité de traitement des soumissionnaires ; la transparence des procédures.

Le droit de la commande publique apporte des règles communes aux marchés publics ; aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat public / privé. Ainsi les Etats qui constituent cette zone géographique sont tenus de transposer ces dispositions de la commande publique au plan national.

C'est dans cette perspective que l'Etat malien a transposé<sup>3</sup> les dispositions communautaires dans son ordonnance juridique interne. D'où les mutations juridiques dues au respect du principe de la hiérarchie<sup>4</sup> des normes ont abouti à la modification du corpus législatif relatif aux marchés publics au Mali<sup>5</sup>.

La commande publique se définit comme l'ensemble des contrats passés par une personne publique pour satisfaire ses besoins<sup>6</sup>. C'est une notion très large qui englobe plusieurs formes de contrats tels les marchés publics, les délégations de services publics, les contrats de

---

<sup>3</sup> La transposition est une exigence du droit communautaire dont le manquement est sanctionné. Le droit communautaire de l'UEMOA a été élaboré par voie de règlements et de directives. En ce qui concerne le règlement il s'agit d'un droit d'application directe, ayant vocation à créer des droits et des obligations pour des individus sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures nationales de transposition. Alors que les directives lient les Etats membres quant aux résultats. La forme et les moyens pour y parvenir demeurent de la compétence de chaque Etat membre.

<sup>4</sup> Principe constitutionnel, article 116 de la constitution du 25 février 1992 au Mali.

<sup>5</sup> Le décret n° 95-401-P-RM du 10 novembre 1995 portant Code des marchés publics, modifié par le décret n° 00-292/P-RM du 21 septembre 1999, abrogé par le décret n° 08-485 du 11 août 2008 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public.

<sup>6</sup> L'article 38 de la loi Sapin loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

partenariat public/ privé. Leurs définitions permettent de démontrer leur différence.

Un marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux<sup>7</sup> entre un organisme public et un fournisseur ou un prestataire pour répondre aux besoins d'un organisme public en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Par opposition aux marchés publics, la délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service<sup>8</sup>.

Le contrat de partenariat public/privé est un contrat par lequel l'Etat ou une autorité publique confie à un prestataire privé la gestion et le financement d'équipements, d'ouvrages ou leur construction permettant d'assurer un service public. Le contrat de partenariat public/privé fixe les missions du prestataire privé qui peuvent être : la construction, la transformation, l'entretien, la maintenance, la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de construction. Le prestataire privé est énuméré en contrepartie par l'autorité publique durant toute la durée du mandat<sup>9</sup>.

Le droit de la commande publique apporte des règles communes aux marchés publics ; aux contrats de délégation de service public et aux contrats de partenariat public/privée. Ainsi les Etats qui constituent cette zone géographique sont tenus de transposer ces

---

<sup>7</sup> Dans un contrat à titre onéreux, chaque contractant reçoit une contrepartie, généralement du paiement d'une somme en argent en échange de la réalisation d'une prestation.

<sup>8</sup> Frédéric COLIN, *Droit public économique : source et principes secteur public régulation*, 2<sup>e</sup> édition Mémentos LMD 2008, p. 91

<sup>9</sup> Créé en France par l'ordonnance du 17 juin 2004, le partenariat public privé est fréquemment utilisé pour confier à un prestataire privé la construction d'un hôpital public, ainsi que la gestion des activités non médicales à venir. Les contrats PPP sont devenus en France, depuis quelques années, un mode de réalisation des projets d'investissement de grande importance.

dispositions de la commande publique au plan national. La conformité se fonde d'abord sur une nouvelle conceptualisation des notions à la base du droit des contrats administratifs. Dans un second temps, il représente une refondation des procédures de passation, des mécanismes de contrôle et de règlement des litiges relatifs à ces contrats administratifs.

Alors il y a lieu de se demander au Mali si l'attribution de la commande publique respecte les principes envisagés, autrement dit pourquoi la commande publique n'est pas efficace ?

La méthodologie utilisée dans cette étude s'appuiera sur une approche pratique basée sur une jurisprudence abondante dans ce domaine au Mali. Les sources principales utilisées sont d'origines législatives, réglementaires et jurisprudentielles. Elles sont complétées par des rapports publiés régulièrement par des institutions nationales et l'exploitation d'études menées par des organismes internationaux ainsi que des ouvrages de référence et des publications en matière de commande publique.

Cette étude se donne comme objectif d'analyser la procédure d'attribution de la commande publique au Mali afin de voir si elle garantit d'avantage l'effectivité de l'idéologie concurrentielle tout en s'assurant de l'efficacité de la commande publique dans ledit pays.

### **I. L'attribution de la commande publique : une procédure contestée**

La formation du contrat administratif n'est légale que si elle repose sur un accord de volontés. Mais le choix par l'administration de son cocontractant est entouré de garanties de plus en plus strictes. Sa liberté de choix est restreinte pour les marchés publics, plus grande pour les autres contrats administratifs.

La notion de marché public est l'une des plus difficiles à cerner du droit administratif. Selon l'article premier du décret du 1<sup>er</sup> août 2006, portant Code des marchés publics, « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivités territoriales, établissements publics) et des opérateurs

économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fourniture ou de services »<sup>10</sup>.

L'attribution des marchés de la commande publique repose sur des principes directeurs selon qu'il s'agit du stade de la passation ou de l'exécution des marchés publics. La réalité des faits révèle dans certaines mesures une violation de ces principes.

#### ***A. La violation des principes fondamentaux pendant la passation de la commande publique***

Les commandes publiques sont soumises à des procédures différentes de mise en concurrence et de passation. En ce qui concerne les marchés publics, les très petits marchés sont dispensés de mise en concurrence. Les petits et les grands marchés sont librement passés par chaque pouvoir adjudicateur selon les modalités de mise en concurrence que celui-ci juge les mieux adaptées. Les très grands imposent à la personne publique contractante la mise en concurrence des candidats.

##### *1. La violation des principes directeurs protecteurs des candidats et soumissionnaires*

Il s'agit là du principe d'égalité et du principe de la libre concurrence. Le principe d'égalité est un principe fondateur du droit public, et figure dans les articles 1<sup>er</sup> « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit »<sup>11</sup> et 6<sup>e</sup> de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »<sup>12</sup>.

Les exigences générales du principe peuvent être résumées en deux préceptes fondamentaux : à des situations identiques doivent

---

<sup>10</sup> Gilles LEBRETON, *Droit administratif général*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz p. 293-294.

<sup>11</sup> Article 1<sup>er</sup> de la déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, article 6.

être appliqués des traitements similaires, sauf si un intérêt général justifie une discrimination ; à des situations différentes peuvent être appliquées des règles différentes. La différence de traitement pour être justifiée, doit être en rapport direct avec l'objet de la loi.

Ce principe d'égalité de traitement devant la loi est transposé dans le droit des marchés publics en égalité de traitement des candidats à un marché public.

Le droit à la commande publique au sein de l'espace UEMOA a poussé le législateur malien à déterminer les principes directeurs protecteurs des candidats et soumissionnaires. Ils sont les principes de libre accès des candidats à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats devant la commande publique, de reconnaissance mutuelle, de la rationalité, de la modernité et de la traçabilité des procédures.

La constitution d'un marché commun au sein de l'UEMOA<sup>13</sup> est justifiée par le principe de la liberté d'accès à la commande publique. En effet, aucun obstacle ne peut être porté sauf motif d'intérêt général ou d'ordre public à l'accès, à la candidature et à l'obtention des marchés au sein de l'espace communautaire. Pour reprendre le professeur Alfonso Mattera, il est juridiquement injustifiable et politiquement inacceptable de libéraliser les échanges de biens et de services lorsque l'on est en face d'acheteurs privés et que ces mêmes

---

<sup>13</sup> Lorsqu'elle a été sollicitée pour un avis sur le projet d'agrément unique, au profit des établissements bancaires communautaires, la Cour de justice de l'UEMOA s'est fondée sur la nécessité de ne pas entraver les libertés fondamentales du traité pour valider ce projet. Selon elle, le fait que les établissements bancaires ne puissent créer de succursales que sur la base d'un agrément émanant de l'Etat d'accueil, « constitue un handicap sérieux à l'exercice de la liberté d'établissement (...), la liberté de prestations de services (...), et la liberté de mouvement de capitaux ». Afin de remédier à cette situation, elle s'est prononcée en faveur de l'établissement d'un agrément unique qui est un « moyen fondamental de constitution d'un marché bancaire intégré qui consolide le marché financier, ce qui, (...) constitue le socle sur lequel repose tout le processus économique et monétaire de l'organisation d'intégration que constitue l'UEMOA ».

achats soient soustraits aux règles communautaires lorsqu'ils s'effectuent dans le cadre d'une commande<sup>14</sup>.

Selon l'article 4 du traité de Dakar, l'UEMOA se fixe comme objectif de « renforcer la compétitive des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel »<sup>15</sup>.

Cet article suppose d'une part, la promotion du libre accès des marchés publics à l'ensemble des entreprises à l'échelle communautaire, l'accroissement de la mobilité de l'offre et de la demande de biens et de services dans le cadre de la commande publique et d'autre part la suppression des protections nationales que peuvent constituer des entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services<sup>16</sup>.

Le principe d'égalité de traitement des candidats devant la commande publique interdit toute discrimination, prohibe l'exclusion des candidats qui remplissent les conditions exigées par la réglementation ou le règlement de consultation<sup>17</sup>. L'égalité de traitement est un moyen permettant aux soumissionnaires de disposer des mêmes chances dans la compétition pour obtenir un marché.

Ainsi, la notion de transparence se traduit essentiellement par le terme publicité dont une publicité de l'information destinée aux candidats en amont et en aval de la procédure de passation, et une publicité concomitante à leur sélection tout au long de la procédure<sup>18</sup>.

Le principe de la passation concurrentielle est un principe cardinal du droit communautaire de la commande publique. En effet, l'union économique mise en place par le traité de Rome est « conduite conformément au respect d'une économie de marché ouvert où la

---

<sup>14</sup> Alfonso MATTERA, « La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? Quelques réflexions sur le livre de la Commission européenne », *Revue du marché unique européen*, n° 4/1999. p. 13.

<sup>15</sup> Article 4 du traité de l'UEMOA.

<sup>16</sup> Guide communautaire de l'UEMOA.

<sup>17</sup> Article 19 à 23 du décret n° 08-485/P-RM du 11 août 2006.

<sup>18</sup> Article 20 de la directive n° 04 /UEMOA.

concurrence est libre »<sup>19</sup>. L'avis de la Cour de justice de l'UEMOA en date du 27 juin 2000, rendu sur demande de la Commission et ayant trait à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du traité de Dakar éclaire parfaitement sur ce sujet. Ces dispositions font partie du dispositif communautaire relatif à la concurrence et, plus précisément, à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. La directive de l'UEMOA édicte que les Etats membres s'engagent à soumettre des mesures de publicité ainsi qu'à des procédures de mise en concurrence de la passation des marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé<sup>20</sup>. Ce principe est réaffirmé par les dispositifs internes au Mali qui stipulent que les marchés sont passés après mise en concurrence des potentiels contractants de l'administration par appel d'offres<sup>21</sup>.

Malgré la proclamation de ces principes, l'application pose toujours problème parfois même ils sont violés. Les décisions judiciaires qui suivent ne nous démontrent pas le contraire. Selon la décision n° 10-003 CRD<sup>22</sup> du 7 juin 2010, le comité de règlement des différends constate que l'assemblée régionale de Ségou a rompu le principe de transparence des procédures, au motif que les requérants n'ont pas été invités à l'ouverture des offres financières.<sup>23</sup>

Dans une autre affaire, le CRD par décision n° 10-004 du 15 juin 2010 a fait droit à la requête de SERHOS en annulant la procédure de passation du marché tout en ordonnant la reprise de la consultation restreinte, étant entendu que le requérant n'a pas été informé du report de la date et du lieu d'ouverture des plis et n'a pas été invité à venir retirer son offre financière ; qui de ce fait l'autorité contractante

---

<sup>19</sup> Marie MALAURIE-VIGNAL « *droit de la concurrence interne et communautaire* » 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, p 37.

<sup>20</sup> Articles 39 à 42 de la directive n° 004/UEMOA.

<sup>21</sup> Article 28 du décret n° 08-485/ P-RM du 11 aout 2008 portant nouveau Code des marchés publics du Mali.

<sup>22</sup> Comité de règlement des différends.

<sup>23</sup> Décision du CRD 2010 n° 10-003/ARMDS-CRD du 07 juin 2010, Affaire groupement Coura Hydraxe SARL/Assemblée Régionale de Ségou.

n'a pas respecté les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>24</sup>.

Ensuite, par décision n° 10-036 du CRD du 12 novembre 2010, le CRD a reçu le recours de la société CIMALCOM et a annulé la procédure de l'appel d'offres tout en ordonnant sa reprise pour violation par l'autorité contractante des principes d'égalité de traitement des candidats et de la transparence de passation des marchés.

En effet le ministère de l'Équipement et des Transports a lancé le 9 mai 2010 un appel d'offres relatif à l'achèvement de la mise en œuvre du réseau multiservice (téléphonie informatique, vidéo et sécurité) pour la cité administrative de Bamako. L'autorité administrative n'a pas publié la décision d'attribution du marché et n'a pas informé CIMALCOM sur le sort de son offre qui a été rejeté<sup>25</sup>.

## *2. La violation des principes directeurs protecteurs des autorités contractantes*

Il s'agit des principes de l'obligation de définition préalable des besoins, des autorisations budgétaires et la préparation des documents qui sont reconnus par la législation interne au Mali en la matière. La détermination obligatoire des besoins est un préalable indispensable : « la nature et l'étendue des besoins sont déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Le marché public ou la délégation de service public conclus par l'autorité contractante doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins<sup>26</sup>.

En ce qui concerne la définition des besoins, elle conditionne tout le processus de passation d'un marché public. La définition préalable des besoins est une phase essentielle. De son analyse découle l'objet

---

<sup>24</sup> Décision CRD 2010, n° 10-004/ARMDS-CRD du 15 juin 2010, affaire SERHOS contre le ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités locales.

<sup>25</sup> Décision CRD 2010, n° 10-036- CRD du 12 novembre 2010/ Affaire CIMALCOM contre ministère de l'Équipement et des Transports.

<sup>26</sup> Article 29.1 du décret n° 08-485 du 11/08/2008 portant nouveau Code des marchés publics au Mali.

du marché, les questions d'allotissement, de durée, de forme du marché, de prix, de conditions d'exécution avec l'encadrement, voire l'interdiction éventuelle de variantes, au mode de passation des marchés publics et du prix de la meilleure offre ou de l'offre le moins disant.

Le nouveau Code des marchés publics au Mali détermine clairement l'autorisation budgétaire en ces termes : « le lancement d'une procédure de passation d'un marché est subordonné à l'existence de crédit budgétaire suffisant et au respect des règles organisant les dépenses des autorités contractantes <sup>27</sup>».

Par décision n° 11-009 du 11 mai 2011, le CRD a reçu le recours de global CODEX et a ordonné la reprise de l'appel d'offres au motif que les spécifications techniques demandées à la page 5 du dossier d'appel d'offres correspondent aux caractéristiques techniques des canettes CR85-X du fabricant AGFA, dont le représentant exécutif est CTECH. Or le décret n° 08-485 interdit les spécifications techniques qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises<sup>28</sup>.

Dans une autre affaire, le CRD a ordonné la reprise des spécifications techniques du dossier d'appel d'offres<sup>29</sup>. En effet le ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités locales a lancé en janvier 2011 l'appel d'offres ouvert en deux lots pour la fourniture de 68 véhicules dont 9 véhicules légers (lots 1) et 59 véhicules double cabine (lots 2). SERA Mali a saisi le CRD contre le dossier d'appel d'offres au motif que les spécifications techniques telles que formulées visent une marque déterminée notamment la marque Toyota.

Par ailleurs, le droit interne des marchés publics au Mali fait une distinction entre le principe de l'économie<sup>30</sup> et le principe de l'efficacité de l'achat public<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> *Op. cit.*, article 29.2

<sup>28</sup> Décision n° 011-009/ARMDS-CDR du 11 mai 2011 Affaire global CODEX contre INPS.

<sup>29</sup> Décision, n° 11-011/ARMDS-CDR du 11Mai 2011/affaire SERA Mali contre Ministère de l'administration territoire et des collectivités locales.

<sup>30</sup> Art. 3 du décret n° 08-485.

Selon le professeur Laurent Richer, la finalité de la publicité de la concurrence dans les marchés publics est de normaliser l'achat public et de réaliser des économies. Le principe de l'économie fait référence au choix de l'offre qui selon les réglementations des pays porte, soit sur le choix de l'offre le moins disant, soit sur le choix de l'offre le mieux disant, soit sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>32</sup>. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est un principe intangible au même titre que les autres principes fondamentaux de la commande publique<sup>33</sup>. C'est pourquoi le principe a été l'interdiction d'avenant bouleversant l'économie du contrat sauf en cas de sujétion imprévue.

Le processus d'acquisition est efficace lorsqu'il a abouti au meilleur choix de l'offre le moins disant ou du mieux disant selon la réglementation ou la procédure applicable. Les procédures de passation n'ont pas été torpillées pour favoriser un candidat au détriment d'autres candidats et que les deniers publics ont été sauvegardés. L'efficacité du processus de passation des marchés publics signifie le respect par les agents publics et les personnes privées qui interviennent dans les procédures de passation des marchés publics des valeurs et principes généraux<sup>34</sup> notamment, le principe d'égalité des candidats devant la commande publique, de neutralité, le principe de légalité, l'indépendance dans l'accomplissement des missions, le devoir de réserve, le professionnalisme, la bonne conduite morale, l'intégrité et la probité

---

<sup>31</sup> Art. 4 de la loi du 23 juillet 2008 relative à l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

<sup>32</sup> Laurent RICHER, *Droit de contrat administratif*, p. 374.

<sup>33</sup> BLOCH, *Code français des marchés publics commenté* 2012, 12<sup>e</sup> édition, Berger-Levrault, mai 2008, p. 23.

<sup>34</sup> A côté des libertés fondamentales consacrées dans le traité, on trouve aussi ce qu'il est convenu d'appeler les principes généraux du traité. Il s'agit des règles, juridiques ou non, établies en termes assez généraux, destinées à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. Ces principes inscrits dans le traité, leur application se retrouve dans les principes fondamentaux de la commande publique.

morale, le bon usage des finances publiques et la prohibition de toute forme de corruption.

Notons aussi que les libertés fondamentales et les principes généraux du traité ne sont pas sans limites. Les Etats peuvent apporter des restrictions à la libre circulation des marchandises pour des motifs tenant à la moralité publique, à l'ordre public, à la sécurité publique, à la protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux, à la protection de l'environnement, ainsi qu'à la protection de la propriété industrielle et commerciale<sup>35</sup>.

Quant aux libertés de circulation et de résidence des personnes<sup>36</sup> et à la libre circulation des services et leur prestation<sup>37</sup>, elles peuvent subir des restrictions justifiées par la protection de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique<sup>38</sup>.

### ***B. La violation des principes fondamentaux pendant l'exécution de la commande publique***

Ici nous distinguons les principes directeurs protecteurs de l'autorité contractante et le principe du respect des stipulations contractuelles par les parties.

#### *1. La violation des principes directeurs protecteurs de l'autorité contractante*

Il convient d'analyser les principes protecteurs des biens publics et le principe de l'efficacité de l'achat public. En ce qui concerne la protection des biens publics, il s'agit d'éviter le détournement des biens publics (CC, 4<sup>e</sup> chambre, 24 janvier, PIQUEREL, commis d'ordre

---

<sup>35</sup> Traité instituant l'UEMOA, art. 79.

<sup>36</sup> *Ibidem*, art. 91, parag. 1.

<sup>37</sup> *Ibidem*, art. 93, parag. 1.

<sup>38</sup> Toutefois l'usage de ces restrictions reste encadré par le traité. Voir par exemple le dernier paragraphe de l'article 79 ou le paragraphe 3-c) de l'article 91 du traité UEMOA.

au service des eaux de la commune de Grenoble)<sup>39</sup> à travers des achats fictifs en vue d'assurer la protection des deniers publics.

La directive n° 01/2009/UEMOA insiste sur la gestion correcte des deniers publics. Il est précisé dans le préambule que l'argent public est au cœur de l'Etat de droit et de la démocratie, par conséquent la collecte et l'utilisation des fonds publics respectent les principes de l'Etat de droit : la légalité, la transparence, le contrôle démocratique et la responsabilité<sup>40</sup>.

Ainsi au Mali la législation en vigueur ne fait pas mention expresse du respect de la protection des deniers publics, mais ce principe est sous-entendu tout au long de cette réglementation. Les agents des autorités contractantes peuvent commettre des fautes de gestion suivantes : procurer ou tenter de procurer un avantage anormal à un candidat, manquer à l'obligation de planification et de publicité annuelle des marchés<sup>41</sup>.

L'article 80 énonce comme faute de gestions les faits suivants : la violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat et des organismes publics ; le fait pour une personne dans l'exercice de ses fonctions, d'octroyer ou tenter d'octroyer à elle-même ou à autrui un avantage injustifié pécuniaire ou en nature ; le fait d'avoir entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public ou de droit privé chargée de la gestion d'un service public, en raison de l'inexécution tardive d'une décision de justice etc.<sup>42</sup>

Au Mali aux termes des dispositions des articles 19 et suivants des lois de finances 2007, 2008, 2009 et 2010, il est interdit de prendre des

---

<sup>39</sup> Francis J. FABRE avec la collaboration de Anne FROMENT-MEURICE, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière* » 4<sup>e</sup> édition Dalloz, p. 272 à 282.

<sup>40</sup> Annexe de la directive n° 1/2009/CM/UEMOA, portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA en date du 27 août 2009.

<sup>41</sup> Articles 116 et 117 du décret n° 08-485 du 11 août 2008 portant procédures de passation d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au Mali.

<sup>42</sup> Articles 77 à 80 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA portant loi de finances du 26 juin 2009.

mesures ayant pour l'objet d'engager des dépenses sans engagement préalable. En outre les articles 19 et suivants desdites lois de finances rendent personnellement et pécuniairement responsable de son acte sans préjudice des sanctions administratives et judiciaires, le fonctionnaire et agent de l'Etat qui engagent des dépenses en dépassement des crédits<sup>43</sup> ouverts ou qui exécutent une dépense sans engagement préalable. En, outre les articles 21 et suivants desdites lois de finances rendent personnellement et pécuniairement responsable de son acte sans préjudice des sanctions administratives et judiciaires, le fonctionnaire et agent de l'Etat qui engage des dépenses en dépassement des crédits ouverts ou qui exécutent une dépense sans engagement préalable, visé au contrôle financier.

La section des comptes de la Cour suprême du Mali, dans son rapport final de 2014, a constaté la violation des dispositions précitées tout en recommandant au Bureau du vérificateur général « le remboursement au trésor public de la somme de 955 360 999 FCFA relative au dépassement des crédits en violations des articles 19 et 21 des différentes lois de finances »<sup>44</sup>.

Dans le même rapport la section des comptes constate des dépenses faites sans appel à concurrence, le fractionnement des dépenses, des factures non acquittées, des factures ne comportant pas les mentions requises et des dépenses justifiées par des factures *pro forma*<sup>45</sup>.

Par rapport à l'efficacité de l'achat public, elle concerne la mesure dans laquelle les buts et les objectifs fixés pour une activité ou programme quelconque sont atteints. Elle s'intéresse à l'obtention des résultats voulus compte tenu des objectifs et des ressources disponibles. L'efficacité est donc un concept lié à la réalisation des objectifs prévus.

---

<sup>43</sup> C.C 4 février 1998, Fuet, B.A.S de la commune de Matour, responsabilité à raison de paiements effectués en dépassement de crédit.

<sup>44</sup> Rapport final vérification de la gestion du vérificateur général 2007 à 2010, p. 14 15.

<sup>45</sup> Rapport final- vérification de la gestion du vérificateur général 2008 à 2010, p. 15 des annexes.

Ainsi l'article 2 de la loi du 23 juillet 2008, précise que l'ARMDS<sup>46</sup> peut procéder à l'évolution de l'efficacité et du coût. La question d'efficacité comporte deux axes à savoir : vérifier si les objectifs stratégiques ont été atteints et si ces résultats peuvent être imputés à la politique suivie. Le contrôle de l'efficacité peut être effectué par le vérificateur<sup>47</sup>.

*2. La violation du principe de respect des stipulations contractuelles par les parties*

Ce principe implique le respect des obligations et des droits des parties. L'entrée en vigueur du marché marque le début de l'exécution des obligations juridiques. Dans les quinze jours calendaires de

---

<sup>46</sup> L'Agence de régulation des marchés publics et des délégations de service public est une autorité administrative indépendante. L'ARMDS dispose d'une autonomie organique et d'une autonomie fonctionnelle. L'autonomie organique est relative à tout ce qui est susceptible de garantir la neutralité et l'objectivité du régulateur. L'autorité de régulation est un organe tripartite de 9 membres représentant sur une base paritaire, l'administration publique, le secteur privé et la société civile. L'absence d'un droit de révocation discrétionnaire constitue la véritable garantie statutaire de l'impartialité des membres. L'autonomie de gestion s'analyse suivant la marge de liberté dont dispose l'ARMDS dans la fixation de ses règles de fonctionnement interne et dans l'utilisation des biens matériels et financiers.

<sup>47</sup> Il peut vérifier si les objectifs et les moyens mis à la disposition d'un programme gouvernemental nouveau ou en cours sont appropriés, cohérents, adéquats ou pertinents ; vérifier l'organigramme du processus de prise de décision et du système de gestion pour la mise en œuvre du programme ; vérifier l'efficacité des investissements et programmes gouvernementaux et ou de leurs composantes individuelles, c'est-à-dire vérifier si les finalités et les objectifs sont réalisés ; vérifier si les impacts d'une politique, qu'ils soient sociaux, économiques, ou environnementaux observés, directs ou indirects, sont imputables à cette politique ou à d'autres causes ; identifier les facteurs qui empêchent l'obtention d'un rendement satisfaisant ou la réalisation des objectifs ; vérifier si le programme complet reproduit, chevauche ou contrecarre des programmes connexes ; vérifier si la qualité des services publics répond aux attentes de la population ou aux objectifs retenus ; vérifier si le caractère approprié ou non du dispositif permettent de mesurer et observer l'efficacité d'un programme ; vérifier si les approches alternatives permettent d'obtenir un meilleur rendement ou d'éliminer les facteurs.

l'entrée en vigueur du marché, un avis d'attribution définitive est publié. Plusieurs obligations incombent à l'autorité contractante et au titulaire du marché.

L'autorité contractante est tenue du paiement du prix qui est la principale obligation. Les prix des marchés sont réputés couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services, notamment les droits, impôts et taxes et le bénéfice du titulaire du marché<sup>48</sup>. Les prix du marché sont soit des prix unitaires, le prix global forfaitaire, le prix sur dépenses contrôlées, les prix fermes ou révisables. Les pouvoirs publics ont pour conscience des difficultés que peuvent rencontrer le titulaire du marché en ne le payant qu'à la fin de l'exécution des travaux. C'est la raison pour laquelle les pouvoirs publics ont apporté des dérogations aux règles régissant les finances publiques notamment celles qui veulent que l'autorité contractante ne paie le titulaire qu'après service fait.

Ce qui fait que certaines sommes sont payées, soit en cours d'exécution, soit même avant tout commencement d'exécution. Il s'agit des avances et des acomptes. Les marchés donnent lieu à des versements soit à titre d'avances ou d'acomptes, soit à titre de règlement partiel, définitif ou pour solde du marché<sup>49</sup>. Le régime financier de l'exécution des marchés publics consiste au paiement d'avance, d'acompte au règlement pour solde provisoire et au règlement pour solde définitif.

Ensuite, les obligations du titulaire du marché sont l'exécution correcte et personnelle des marchés publics et la garantie. Le titulaire du marché est tenu d'exécuter ses obligations conformément aux modalités prévues dans le cahier des charges. Cette exécution doit être correcte de bonne foi et intervenir dans le délai prévu aux contrats<sup>50</sup>. Le caractère correct de l'exécution ainsi que la diligence du cocontractant s'apprécient en fonction des règles techniques et des

---

<sup>48</sup> Article 40.1 du décret n° 08 -485/P-RM du 11 aout 2008 portant nouveau Code des marchés publics au Mali.

<sup>49</sup> Article 95 du décret précité.

<sup>50</sup> Articles 62 et 63.

circonstances propres à chaque espèce. L'exécution personnelle consiste en l'interdiction de céder et sous-traiter. Le titulaire du marché est tenu d'exécuter personnellement le marché et sauf autorisation préalable de l'administration les cessions et sous-traitance sont prohibées<sup>51</sup>.

Le titulaire du marché est tenu de fournir une garantie de bonne exécution du marché et du recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur au titre du marché<sup>52</sup>. L'autorité contractante peut prévoir dans le cahier des charges des pénalités pour retard imputable au titulaire pour la restitution ou la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnement remis.

La réglementation sur la commande publique confère des droits à l'autorité contractante et des droits au titulaire du marché. L'autorité contractante, en raison des nécessités du service public peut intervenir dans l'exécution du contrat pour exercer un contrôle sur le titulaire ou modifier de façon unilatérale des conditions du contrat. La commande publique est un régime spécial qui donne à l'administration des pouvoirs exorbitants du droit commun<sup>53</sup> qui la place dans une position plus favorable par rapport à son cocontractant. Il s'agit du pouvoir de direction et de contrôle, du pouvoir de sanction, du pouvoir de modification unilatérale et du pouvoir de résiliation unilatérale.

L'administration a toujours le droit de contrôler l'activité de son cocontractant afin de s'assurer de la bonne exécution du contrat<sup>54</sup>. Elle peut aussi lui donner les ordres nécessaires à cette bonne exécution. Dans le cadre d'un marché de travaux publics, elle peut notamment exiger de son cocontractant, par des ordres de service écrits, qu'il

---

<sup>51</sup> Articles 64 et 68.

<sup>52</sup> Article 88 du décret n° 08-485/P-RM du 11 août 2008 portant nouveau Code des marchés publics au Mali.

<sup>53</sup> Les prérogatives existent indépendamment des clauses contractuelles ou de tout texte. Le Conseil d'Etat les qualifie de règles générales applicables aux contrats administratifs. CE2.2.1983, note transports publics urbains et régionaux, *RDP* 1984, 212, note AUBY et le Conseil constitutionnel de principe CC18.1.1985 Loi Chevènement R, 36

<sup>54</sup> CE 27.7.1932 Léonard R, 799.

assure la réfection de travaux défectueux ou la réalisation de travaux non prévus<sup>55</sup>.

Lorsque son cocontractant commet une faute, l'administration a le pouvoir de le sanctionner elle-même. Elle peut évidemment le faire en choisissant l'une des sanctions prévues par le contrat, mais elle peut le faire aussi en lui infligeant une autre sanction de son choix, à condition que ce soit après mise en demeure et dans le respect des droits de la défense<sup>56</sup>.

Le pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs a été consacré par un célèbre arrêt de 1910, dans lequel le Conseil d'Etat a admis qu'un préfet impose à un commissionnaire de tramways d'augmenter le nombre des rames en service<sup>57</sup>. Ce pouvoir a toutefois des limites. La modification doit tout d'abord reposer sur un motif d'intérêt général, cela implique notamment qu'elle ne peut en principe porter sur les clauses financières du contrat<sup>58</sup>.

Elle doit d'autre part rester raisonnable : si elle provoque un bouleversement du contrat, le contractant est en droit de la refuser, et de demander au juge la résiliation du contrat. Elle doit enfin être compensée par le versement d'une indemnité. L'administration a toujours le droit de procéder à la résiliation unilatérale des contrats administratifs, indépendamment de toute faute de ses cocontractants. Pour que cette résiliation soit légale, il faut simplement qu'elle intervienne dans l'intérêt du service, c'est-à-dire pour un motif d'intérêt général<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> CE 22.2.1952 Soc pour l'exploitation des procédés Ingrand R, 130.

<sup>56</sup> Arrêt CE 31.5.1907 Déplanque R, 513, concl. ROMIEU.

<sup>57</sup> CE 21.3.1910 Comp, gén. Française des tramways R,216, concl. BLUM, et GAJA.

<sup>58</sup> CE 7.12.1973 le Couteur et Sloan R, 705.

<sup>59</sup> CE Ass 2.5.1958 Distillerie de Magnac-Laval, *AJDA* 1958, 282, concl. KAHN ; cf aussi CE Ass 2.2.1987 Soc. TV6 *AJDA* 1987 ; 314, chron. AZIBERT et DE BOISDEFFRE, et CE 21.12.2007. Région du Limousin, *AJDA* 2008, 481, note DREYFUS à propos de la résiliation de la concession d'une chaîne de télévision, et de la résiliation de trois contrats relatifs à un projet de desserte ferroviaire.

Face aux prérogatives de l'administration, le cocontractant peut sembler démuné. Il doit en effet toujours s'acquitter de ses obligations, telles qu'elles sont fixées par le contrat écrit ou verbal. Mais il n'est pas à plaindre pour autant, car il a droit à un certain équilibre financier qui se traduit normalement par l'obtention de la rémunération convenue, à laquelle s'ajoute éventuellement une indemnité sur le fondement de la théorie : de l'équilibre financier, du fait du prince, de l'imprévision ou de l'enrichissement sans cause.

S'il exécute correctement ses obligations contractuelles, le cocontractant a le droit de percevoir la rémunération convenue : redevance prélevée sur les usagers du service dans l'hypothèse d'une concession de service public ou d'un affermage, prix versé par l'administration dans le cas d'un autre contrat administratif.

Le cas particulier de la sous-traitance doit cependant être évoqué. Le titulaire d'un contrat administratif est en principe tenu de l'exécuter personnellement. En matière de marché public pourtant, par exception à ce principe le cocontractant a le droit de confier à un sous-traitant, par un contrat de droit privé, le soin d'exécuter une partie de ses obligations contractuelles<sup>60</sup>.

Lorsque l'administration a utilisé son pouvoir de modification unilatérale du contrat pour accroître les obligations de son cocontractant, ce dernier a droit à une indemnité compensatrice sur le fondement de la théorie de l'équation financière<sup>61</sup>. Lorsque l'administration contractante a modifié unilatéralement et indirectement les conditions d'exécution du contrat, son cocontractant

---

<sup>60</sup> En France la loi du 31 décembre 1975 permet alors à l'administration de payer directement au sous-traitant, à condition que celui-ci ait été préalablement accepté par elle, la part de marché dont il a assuré l'exécution, bien qu'il n'y ait aucun lien contractuel entre eux ; ce paiement direct relève alors, en cas de litige, de la compétence du juge administratif.

<sup>61</sup> Georges Vedel : ce droit mis en lumière par Léon Blum des 1910, est d'autant plus précieux qu'il doit permettre de couvrir l'intégralité des charges nouvelles. Cf. concl. Blum sur CE21 ; 3 1910 Comp. gén. française des tramways R, 216.

a le droit à une indemnité compensatrice sur le fondement de la théorie du fait du prince<sup>62</sup>.

Pour que la théorie du fait du principe puisse être mise en œuvre, il faut obligatoirement que la modification unilatérale émane de l'administration contractante. La théorie du fait du prince exige d'autre part que la modification unilatérale soit indirecte. Cela signifie que l'administration ne doit pas directement modifier le contrat lui-même, ce qui est logique puisque cette hypothèse est déjà prise en charge par la théorie de l'équation financière. Elle doit au contraire intervenir en une autre qualité que celle de partie au contrat, en prenant une mesure qui n'a pas pour objet de toucher à celui-ci mais qui a néanmoins des répercussions sur lui. Malgré les évolutions qu'elle a connues, la commande publique reste marquée par des pratiques néfastes qui nuisent à son efficacité.

## **II. Les obstacles à l'efficacité de la commande publique**

Les événements de l'achat des équipements militaires, la polémique sur l'achat de l'avion présidentiel et de l'engrais frelaté etc. les surfacturations relevées par les organes de contrôle permettent de reposer les questions sur les finalités de l'action publique et leur impact sur l'environnement économique et social. Les événements cités portent sur des sommes faramineuses et des domaines qui visent à endiguer la pauvreté et promouvoir la compétitivité. Ils touchent aussi des faits liés aux procédures, à la planification budgétaire ainsi qu'à la qualité des prestations fournies. Par ailleurs, les obstacles liés à l'irruption intempestive du pouvoir réglementaire, soit pour soustraire des achats de la réglementation de la commande publique, soit pour contourner les règles par référence à des exceptions sans rapport avec l'objet de la commande publique, ont plombé la commande publique en faisant augmenter la procédure par entente directe.

---

<sup>62</sup> CE 29.12.1905 *Bardy R*, 1014, concl. ROMIEU ; CE 8.11.1957 *Soc. Chimique AJDA* 1957, 406, concl. GAZIER.

Comme outil de politique publique, l'achat public est aussi un outil de dépense qui pèse lourd sur le budget de l'Etat. Cependant sa quantification en masse monétaire ne renseigne pas sur son impact sur la vie économique et sociale. Il existe aujourd'hui une absence réelle d'évaluation de la contribution de la dépense sur la compétitivité des entreprises mais aussi sur ces répercussions néfastes ou positives sur la vie de nos concitoyens.

Par ailleurs, les nouvelles réglementations relatives aux contrats de la commande publique prévoient la mise en place de mécanismes de règlement des litiges qui promeuvent la recherche de solutions aux différends en dehors du prétoire<sup>63</sup>. Au Mali, le contrôle contentieux de la commande publique n'est pas uniquement le fait des juges étatiques. Il est essentiellement assuré par des organes placés au sein des autorités de régulation. La compétence de la juridiction administrative, inlassablement affirmée par les textes généraux relatifs au contentieux administratif, subit, une sourde et subtile concurrence des modes alternatifs de règlement des conflits administratifs et en particulier de l'arbitrage.

#### *A. Les obstacles à l'efficacité de la dépense publique*

Une partie de la commande publique est fragilisée par une intervention publique en nette croissance ces dernières années. Son évolution est inquiétante dans la mesure où elle annihile les fondamentaux des libertés économiques et constitue un net recul dans le processus de modernisation de l'action publique en général et de la commande publique en particulier. Cette faculté est liée à la facilité qu'a le pouvoir réglementaire de modifier unilatéralement les règles

---

<sup>63</sup> Alioune Badara FALL, « Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs », in Dominique DARBON et Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 421-441. Kaline Santos FERREIRA, *Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien*, thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, 342 p.

de la commande publique en créant le plus souvent des dérogations dans des domaines d'achat très importants.

Par ailleurs, la plupart des lenteurs notées sont le fruit d'une procédure administrative non dématérialisée dans la commande publique. La préparation des procédures de la commande publique faite d'une manière toujours traditionnelle ainsi que la procédure de paiement, contribuent à l'inefficacité notée.

*1. La fragilisation de la réglementation par des modifications*

La commande publique est marquée par une irruption intempestive dans le champ réglementaire par le pouvoir exécutif. Le Code des marchés publics et de délégation de service public, a connu des modifications substantielles entre 1995 et 2010.

Le décret n° 95-401/P-RM du 10 novembre 1995 portant Code des marchés publics, modifié par le décret n° 99-292/P-RM du 21 septembre 1999 et certains de ses compléments subséquents ayant montré ses limites sont abrogés par le décret n° 08-485 du 11 août 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public. En application du décret n° 08-485, le pouvoir exécutif a adopté le décret n° 09-219/PM-RM du 11 mai 2009 déterminant les autorités chargées de la conclusion et de l'application des marchés et de délégations de service public.

La modification ayant impacté d'une manière durable le premier Code des marchés transposant les directives de l'UEMOA, qui a soustrait certains achats et investissements de l'Etat à la réglementation des marchés publics. Sur un autre plan, cette modification facilite des pratiques contraires à l'esprit de l'efficacité de la dépense publique et de la commande publique. Ces pratiques ont pour noms collusion, surfacturation et corruption.

La pratique de la collusion est aisée dans le cadre des demandes de renseignements et de prix puisqu'il n'existe pas de système pouvant contrôler une saine concurrence. La Cour des comptes dans son dernier rapport 2009 a dénoncé cette pratique qui consiste dans une procédure de demande de renseignement et de prix à recevoir cinq factures qui proviennent du même nombre de fournisseurs différents

par leur raison sociale mais qui en réalité sont la propriété exclusive d'une seule personne. Cette situation met en péril l'utilisation des ressources publiques mais aussi la qualité d'exécution des marchés publics. Il est très difficile aussi de contrôler la livraison des fournitures ou l'exécution des prestations dans la mesure où les demandes de renseignements et de prix concernent en général des fournitures courantes ou des prestations immédiates. Le contrôle de la dépense n'étant pas assuré, l'efficacité repose uniquement sur la conscience ou le sens du service public de l'autorité contractante. Les mêmes effets sont notés par l'entente directe et facilite la surfacturation et la corruption.

*2. Les difficultés administratives néfastes à l'efficacité de la dépense publique*

Les organes chargés de la passation de la commande publique et ceux chargés du contrôle *a priori* de la commande publique présentent des insuffisances.

En ce qui concerne le premier, les faiblesses sont relatives à la désignation des membres des commissions par l'autorité contractante et la responsabilisation des personnes responsables de la commande publique au détriment des commissions. Les membres des commissions sont désignés par l'autorité contractante. Ensuite une violation du principe de transparence est constatée par rapport à la non séparation des commissions générales et des sous commissions techniques d'évaluation. Alors que l'UEMOA exige une séparation stricte entre celles-ci.

Par ailleurs, la responsabilité des personnes responsables des marchés au détriment des commissions de passation, les autorités contractantes sont représentées par les PRM qui agissent en leur lieu et place. Elle conduit tout le processus de passation de la commande publique. Pour l'analyse des candidatures, le dépouillement et le jugement des offres, les PRM nomment par décisions les membres des commissions de dépouillement et de jugement des offres. La nomination de ces personnes entache la transparence et l'impartialité des procédures, par le seul fait que lesdites personnes sont sous la subordination des autorités contractantes. L'insuffisance des moyens

financiers et matériels des acteurs de la commande publique constitue un obstacle néfaste à l'efficacité de la dépense publique.

Au Mali, le manque de ressource humaine qualifiée dans le domaine de la commande publique affecte sérieusement ce secteur. Le rattachement des principaux organes du contrôle *a priori* notamment la direction générale des marchés publics et la direction nationale du contrôle financier à une même structure de rattachement font que ces organes sont au service du pouvoir exécutif.

La DGMP (direction générale des marchés publics) est un service central placé sous l'autorité directe du MEF. Cette structure exécute les instructions données par sa hiérarchie. Elle dispose d'un véritable pouvoir sur les organes de passation. Tout procès-verbal de dépouillement, tout rapport d'attribution sont soumis à son approbation. De sorte qu'elle devienne le véritable gendarme des procédures de passation de la commande publique. L'organe administratif de régulation des marchés publics est une structure centralisée sur laquelle le pouvoir exécutif exerce une certaine influence.

#### ***B. Les obstacles juridiques à la soumission des contrats de la commande publique à l'arbitrage***

A travers le traité relatif à l'OHADA<sup>64</sup> et l'acte uniforme sur l'arbitrage, les Etats membres ont manifesté l'ambition de mettre en

---

<sup>64</sup> Il faut aussi noter qu'à côté de cette législation étatique on retrouvait un droit international de l'arbitrage en vigueur dans les Etats de l'OHADA. Mais ce droit international avait cette particularité d'avoir été élaboré sans leur participation. Tel est le cas de la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958-1432, de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'un autre Etat du 18 mars 1965, de la convention de Séoul du 11 octobre 1985 instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements qui prévoit l'utilisation du mécanisme CIRDI pour le règlement des litiges nés des investissements bénéficiant de sa garantie. D'autres textes internationaux plus consensuels étaient également appliqués dans les Etats de l'OHADA. Il s'agit notamment du règlement de conciliation et d'arbitrage pour les marchés publics financés par le FED, de la loi-type de

place un mécanisme de règlement des différends qui puisse satisfaire aux exigences des investisseurs et partant de là, les rassurer.

*1. Les contradictions sur le règlement des différends par l'arbitrage*

Il existe un obstacle en ce qui concerne la controverse sur le règlement de différend entre le droit interne et le droit OHADA. Le décret n° 08-485 du Mali prévoit « les différends aux litiges nés de l'exécution et de l'interprétation des marchés qui n'ont pas été réglés à l'amiable entre les parties peuvent également être soumis à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, à condition qu'une clause compromissoire conforme audit acte soit expressément prévue par les cahiers des charges »<sup>65</sup>. Une lecture de cet article permet de comprendre que la CCJA OHADA est compétente pour arbitrer ou trancher les litiges relatifs aux marchés publics que s'il existait une clause compromissoire entre les parties. Or, le droit de l'OHADA régit les marchés publics des sociétés d'Etat ou des sociétés d'économie mixte étant entendu que celles-ci sont considérées comme des personnes morales de droit privé. Ceci étant la présence d'une clause compromissoire ou pas, lorsqu'il s'agit de marchés publics entre société d'Etat et une société privée, la CCJA est compétente.

De plus, au Mali, les litiges relatifs aux marchés des sociétés nationales, société anonyme à participation publique majoritaire et autres personnes morales de droit privé sont soumis aux tribunaux de droit commun.

Les critiques envers l'arbitrage ne manquent pas. Il est souvent reproché à cette procédure de règlement des litiges d'être une forme de privatisation de la justice, la manifestation d'une volonté « d'externalisation de la fonction juridictionnelle à des fins d'économies budgétaires ». De même des cas de conflits d'intérêts

---

la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985, du règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976.

<sup>65</sup> Article 116 du décret n° 08-485/P-RM du 11 août 2008 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au Mali.

ayant entraîné la mise en examen d'arbitres ou leur démission, renforce les soupçons de partialité à l'endroit de cette procédure. A cela s'ajoute le fait que l'arbitrage a un coût, que ce soit pour la procédure ou la rémunération des arbitres.

Mais cette procédure revêt aussi des avantages certains. En effet, la soumission des litiges inhérents aux transactions économiques, que sont les contrats de la commande publique, au juge de l'administration, rend inconfortable la position du cocontractant de l'administration dans la mesure où ce mode de règlement est souvent très long. L'arbitrage, purgé de ces « dangers » apparaît alors comme une garantie de neutralité, un moyen de soustraire les litiges nés du contrat, de la compétence des juridictions nationales de l'administration contractante. Cette procédure permet aussi à l'administration contractante, qui ne recourt pas à ses propres juridictions, de ne pas se soumettre non plus à des juridictions étrangères.

Et pourtant, plus d'une dizaine d'années après l'adoption de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, la soumission des personnes morales de droit public à l'arbitrage dans l'espace OHADA, fait toujours couler beaucoup d'encre. C'est dire que cette révolution dans l'univers des personnes morales de droit public est loin d'être une évidence.

La prohibition qui leur était faite de recourir à l'arbitrage pour régler leurs différends est un principe profondément ancré dans la culture juridique de la plupart des Etats de l'OHADA. Toutefois, cette interdiction ne peut que céder face à la clarté de la consécration de la possibilité pour les personnes morales de droit public de soumettre des différends à l'arbitrage.

## *2. La soumission des différends nés de contrats de la commande publique à l'arbitrage*

En dépit du reflux noté au cours des dernières décennies des activités de l'État et de ses démembrements comme agents économiques, la commande publique représente toujours une part non négligeable dans le PIB des pays de l'espace OHADA qui englobe neuf États de l'Afrique de l'ouest, six États de l'Afrique centrale et un

autre hors de ces deux sous-région, soit seize États ayant la particularité d'appartenir dans leur quasi-totalité à « l'Union économique et monétaire Ouest africaine » (UEMOA) et à « la Communauté économique et monétaire de l'Afrique » qui composent la « zone franc »<sup>66</sup>.

L'expression « contrat public d'affaire » est de plus en plus répandue, lorsqu'il s'agit de nommer les contrats de la commande publique<sup>67</sup>. Il n'en demeure pas moins que ces contrats sont de nature administrative. Les enjeux liés à l'exécution d'une mission de service public à la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, à la technicité des contrats administratifs, donnent aux litiges pouvant naître de leur exécution une singularité certaine. Concernant le cas particulier du contrat de concession, de nombreux arguments tenant à son objet, à la portée de ses clauses ou à sa nature juridique sont allés à l'encontre de la soumission des différends entre l'administration et le concessionnaire à l'arbitrage. Selon les auteurs du traité des contrats administratifs, la soumission de la concession de service public, même international, à l'arbitrage est fort discutable en raison de l'incompatibilité des notions de commerce international et de contrat administratif<sup>68</sup>.

Les litiges relatifs à la commande publique et susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage peuvent porter autant sur la validité, sur l'interprétation, sur l'annulation que sur l'exécution du contrat. Dans l'espace OHADA<sup>69</sup>, les marchés publics sont généralement régis par

---

<sup>66</sup> Les États signataires du traité de Port-Louis sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

<sup>67</sup> Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2012, 778 p. Gabriel ECKERT, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001, 215 p

<sup>68</sup> André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, tome 2, p. 954.

<sup>69</sup> Aujourd'hui, dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, les Codes nationaux des marchés publics et les législations relatives aux contrats de

des dispositions de droit national contenues dans des lois spéciales ou dans un Code des marchés publics comprenant des dispositions imprégnées de la philosophie d'une ancienne législation française souvent rétive face à cette justice privée que constitue l'arbitrage pour tout ce qui touche à la puissance publique.

Sous réserve de certaines dispositions particulières prévues dans certains États dans les Codes d'investissement et qui concernent des investissements étrangers, l'arbitrage – défini comme mode amiable et juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (arbitre ou tribunal arbitral) qui tient son pouvoir de juger non d'une déclaration permanente de l'État ou d'une institution internationale mais de la convention des parties est régie par une double législation unifiant les droits nationaux de l'arbitrage par l'acte uniforme sur l'arbitrage et mettant en place un arbitrage institutionnel sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA pour, conformément au traité fondateur de cette organisation, poursuivre le dessein « de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ».

L'OHADA a opéré une mutation importante par rapport aux législations nationales antérieures qui généralement excluaient du domaine de l'arbitrage les causes qui concernent l'État, les collectivités locales et les établissements publics, bref toutes les personnes

---

partenariat public-privé, consacrent la soumission des contrats administratifs à l'arbitrage. Des évolutions allant dans le sens de l'arbitrabilité des litiges nés des contrats administratifs et en particulier des contrats de la commande publique sont également observées dans les pays qui ont été les plus réfractaires face à cette procédure. En adoptant l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, les États membres de l'OHADA ont très certainement introduit dans leur ordre juridique, des évolutions qui vont durablement marquer le contentieux national de la commande publique en particulier. Mais il ne s'agit là, que de la confirmation d'une pratique internationale bien établie. Les conventions internationales et le droit interne dans la plupart des États admettaient déjà la règle selon laquelle les États ainsi que les organismes qui relèvent de leur autorité, ne pouvaient se prévaloir des « dispositions restrictives de leur propre droit pour contester la validité d'une convention d'arbitrage librement consentie ».

publiques susceptibles d'être parties prenantes dans les marchés publics.

Le paradoxe est que le premier article du traité relatif à l'OHADA stipule que « le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties (...) ». C'est donc logiquement qu'il est interprété comme excluant du champ de compétence de l'organisation tout ce qui relève du droit administratif et en particulier les contrats administratifs<sup>70</sup>.

En effet l'article 2 de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage a procédé à un élargissement du champ matériel de l'arbitrage relativement aux personnes publiques et aux marchés dans lesquels elles sont impliquées en disposant sans équivoque que « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition. Les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrable d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

Le traité constitutif de l'OHADA, qui se fixe pour but, entre autres et comme il est rappelé ci-dessus, la promotion de l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels, dispose en son article 21 qu'en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat -soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties- peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage.

Dans cette logique, le règlement d'arbitrage de la CCJA du 11 mars 1999 a prescrit la mise en place d'un centre institutionnel d'arbitrage d'un genre nouveau: la Cour commune de justice et d'arbitrage qui exerce des fonctions de centre administratif chargé d'appuyer et

---

<sup>70</sup> Voir par exemple Brigitte STERN, Intervention lors du débat sur « Les instruments adoptés par l'OHADA le 11 mars 1999 », in Philippe FOUCHARD (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 113

d'encadrer le déroulement de la procédure d'arbitrage sans trancher elle-même les différends ainsi que des fonctions juridictionnelles en statuant sur les recours en contestation de validité des sentences et para juridictionnelles de contrôle purement formelle de la sentence.

L'existence d'un tel régime juridique unique de l'arbitrage applicable aussi bien à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international<sup>71</sup>, combinée à l'option de l'arbitrabilité de tous les litiges impliquant tant les personnes privées que publiques, facilite le recours à l'arbitrage.

Le règlement par l'arbitrage des litiges relatifs aux marchés publics peut emprunter les mécanismes prévus par l'acte uniforme relatif à l'arbitrage notamment l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel traditionnel qui coexistent avec l'arbitrage sous l'égide de la CCJA qui retiendra plus particulièrement notre attention en raison des innovations notables que l'OHADA y a apportées dans la pratique de l'organisation de l'arbitrage.

L'OHADA a perpétué les dispositifs classiques de l'arbitrage avec quelques spécificités notables. Ainsi dans l'espace OHADA, coexistent l'arbitrage *ad hoc* caractérisé par le libre choix des parties quant à la désignation des arbitres et du lieu de l'arbitrage, l'arbitrage administré par des centres permanents d'arbitrage classiques<sup>72</sup> fonctionnant suivant des modalités classiques, et l'arbitrage sous l'égide d'une instance institutionnelle d'arbitrage d'un genre nouveau qu'est la CCJA.

La sentence rendue dans l'arbitrage *ad hoc* ou dans l'arbitrage sous l'égide d'un centre d'arbitrage ne peut donc être critiquée que par le recours en annulation devant l'organe judiciaire compétent de l'Etat membre de l'OHADA. La décision de cette juridiction nationale n'est susceptible que du recours en cassation porté devant la CCJA. La

---

<sup>71</sup> Le droit de l'arbitrage OHADA n'a pas retenu la *suma divisio* traditionnelle de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international et ne prévoit ainsi qu'un unique régime d'arbitrage. De même l'arbitrage peut concerner aussi bien les contrats commerciaux que les contrats civils.

<sup>72</sup> Dans l'espace OHADA, il existe quelques centres d'arbitrage notamment au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Cameroun, au Togo et au Burkina Faso à côté de la Cour commune de justice et d'arbitrage.

décision accordant l'*exequatur*<sup>73</sup> n'est susceptible d'aucun recours direct<sup>74</sup>.

La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA connaît seulement des recours en cassation contre les décisions de refus d'*exequatur* rendues par les juridictions nationales relativement à une sentence intervenue dans un arbitrage *ad hoc* ou dans un arbitrage sous l'égide de centres administratifs d'arbitrage. En cas de cassation d'une décision de refus d'*exequatur*, la CCJA se substitue à la juridiction nationale et accorde l'*exequatur* en vertu de son pouvoir d'évocation sauf si un moyen de pur droit qu'elle peut soulever d'office s'y oppose.

\*

\*\*

Les textes régissant les divers contrats de la commande publique dans les Etats membres de l'UEMOA, l'obligation d'intégrer dans les

---

<sup>73</sup> L'*exequatur* est défini comme l'ordre d'exécution donné par une autorité judiciaire nationale d'une décision rendue hors de la sphère juridictionnelle nationale. L'article 25 alinéa 1<sup>er</sup> du traité de l'OHADA stipule : Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'*exequatur*. La Cour commune de justice et d'arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision. L'*exequatur* ne peut être refusé que dans les cas suivants : 1. Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ; // 2. Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; // 3. Lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ; // 4. Si la sentence est contraire à l'ordre public international.

<sup>74</sup> L'art. 32 alinéa 2 de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage institue un recours indirect en disposant « La décision qui refuse l'*exequatur* n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage. La décision qui accorde l'*exequatur* n'est susceptible d'aucun recours. // Toutefois, le recours en annulation de la sentence emporte de plein droit dans les limites de la saisine du juge compétent de l'Etat-partie, recours contre la décision ayant accordé l'*exequatur* ».

droits nationaux les exigences communautaires, la nécessité de mettre un terme aux régimes spéciaux sources de complexité, la lutte contre la corruption, la recherche de l'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques, sont autant de facteurs qui ont directement influencé le législateur communautaire dans la transformations du droit des contrats administratifs. Les nouveaux textes adoptés pour concrétiser ces évolutions sont à l'origine du renouveau d'un droit de la commande publique. La réflexion sur ce sujet est une question d'actualité dans notre pays du fait des besoins énormes en termes de modernisation de l'administration en vue de satisfaire les exigences démocratiques et légitimes de nos concitoyens.

Du point de vue des procédures, l'idée à la base du droit de la commande publique à savoir que le régime de passation de ces contrats doit être fondé sur les principes de transparence, de liberté et d'égalité est admise au Mali<sup>75</sup>.

Cependant la réalité est tout autre, elle met en exergue des pratiques à l'opposé de l'efficacité de l'achat public et de la dépense. Les contournements de la réglementation non conformes au respect des principes de la commande publique demeurent et n'encouragent pas une culture de rationalisation des choix publics. L'inscription des réformes structurelles est nécessaire pour rattraper les retards et atteindre les objectifs du millénaire pour le développement.

Aujourd'hui, la commande publique est un levier important de relance économique dans beaucoup de pays. Sa portée ne peut être bénéfique et utile à l'action publique que si elle dépasse son utilisation traditionnelle. La prise en compte du développement durable et des questions sociales dans les réformes immédiates de la commande publique prépare à une avancée positive vers le chemin d'une économie en mouvement et pouvant participer à la réduction des inégalités sociales par la promotion de la formation professionnelle et l'emploi d'une bonne partie de la jeunesse. Le bénéfice est certain à court et long termes mais sa réussite dépend d'un engagement

---

<sup>75</sup> La transposition des directives communautaires de l'UEMOA a renforcé, pour le Mali, la prise en compte de ces exigences qui d'ailleurs, avait commencé avant l'adoption des textes communautaires.

politique sans faille, gage d'un développement harmonieux respectant l'équilibre environnemental et préparant le monde économique à plus d'innovation.

Il s'est avéré en effet, que la transparence des procédures, la liberté et l'égalité entre les soumissionnaires, sont en l'état actuel des textes et des décisions des organes de règlement des différends, moins garanties au Mali. L'on s'est rendu compte qu'en transposant les directives communautaires, les Etats de l'UEMOA se sont réservés une marge d'appréciation<sup>76</sup> plus ou moins large entraînant sur certains aspects des disparités dans la mise en œuvre des principes de la commande publique.

---

<sup>76</sup> Marie-Laure IZORCHE et Mireille DELMAS-MARTY, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52 / 4, 2000, p. 753-780

## BIBLIOGRAPHIE :

### 1. Ouvrages généraux

- DARBON (Dominique), BOIS de GAUDUSSON (Jean du), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997
- ECKERT (Gabriel), *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001
- LEBRETON (Gilles), *Droit administratif général*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, p. 293-294
- MALAURIE-VIGNAL (Marie), *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, p. 37
- NICINSKI (Sophie), *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2012
- RICHER (Laurent), *Droit de contrat administratif*, p. 374

### 2. Ouvrages spécialisés

- BLOCH, *Code français des marchés publics commenté 2012*, 12<sup>e</sup> éditions, berger-Levrault mai 2008, p. 23
- FALL (Alioune Badara), « Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs »
- FOUCHARD (Philippe) (sous la dir. de), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2000
- LAUBADERE (André de), MODERNE (Franck) et DELVOLVE (Pierre), *Traité des contrats administratifs*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984, tome 2

### 3. Thèses

- SAMB (Seynabou), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, thèse Université de Bordeaux, école doctorale de droit (E.D. 041) Droit public
- SANTOS FERREIRA (Kaline), *Le contentieux administratif en dehors du juge, Étude comparée des Droits Français et Brésilien*, thèse de doctorat, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, 342 p.

#### **4. Revues**

-IZORCHE (Marie-Laure) et DELMAS-MARTY (Mireille), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52 / 4, 2000

-MATTERA (Alfonso), « La politique communautaire des marchés publics : nécessité ou souci de perfectionnisme ? Quelques réflexions sur le livre de la Commission européenne », *Revue du marché unique européen*, n° 4/1999

#### **5. Rapports**

-Rapport final vérificateur de la gestion du vérificateur général 2007 à 2010

-Rapport final- vérification de la gestion du vérificateur général 2008 à 2010

#### **6. Textes communautaires et nationaux**

-Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au sein l'UEMOA

-Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA

-Directive n° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA

-Loi du 23 juillet 2008 relative à l'autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public

-Décret n° 08-485 du 11 août 2008 portant procédures de passation d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public au Mali

-Décret n° 95-401-P-RM du 10 novembre 1995 portant Code des marchés publics

-Décret n° 00-292/P-RM du 21septembre 1999

-Décret n° 08-485 du 11août 2008 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public

### **7. Jurisprudence**

-CE 27.7.1932 Léonard R, 799

-CE 22.2.1952 Soc pour l'exploitation des procédés Ingrand R, 130

-Arrêt CE 31.5.1907 Déplanque R, 513, concl. ROMIEU

-CE 21.3.1910 Comp, gén. Française des tramways R, 216, concl. BLUM, et GAJA

-CE 7.12.1973 le Couteur et Sloan R, 705

-CE Ass 2.5.1958 Distillerie de Magnac-Laval *AJDA* 1958,282, Concl. KAHN

-CE Ass 2.2.1987 Soc. TV6 *AJDA* 1987 ; 314, chron. AZIBERT et de BOISDEFFRE

-CE 21.12.2007. Région du Limousin *AJDA* 2008, 481, note DREYFUS à propos de la résiliation de la concession d'une chaîne de télévision, et de la résiliation de trois contrats relatifs à un projet de desserte ferroviaire

-Décision du CRD 2010 n° 10-003/ARMDS-CRD du 07 juin 2010, Affaire groupement Coura Hydraxe SARL/Assemblée Régionale de Ségou

-Décision CRD 2010, n° 10-004/ARMDS-CRD du 15 juin 2010, affaire SERHOS contre le ministère de l'Administration territoriale et des Collectivité locales

-Décision CRD 2010, n° 10-036- CRD du 12 novembre 2010/ Affaire CIMALCOM contre ministère de l'Equipement et du Transport

-Décision n° 011-009/ARMDS-CDR du 11 mai 2011 Affaire global CODEX contre INPS

-Décision n° 11-011/ARMDS-CRD du 11 mai 2011/ affaire SERA Mali contre ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités locales

## LA FONCTION LEGISLATIVE DANS LA REFORME DE L'ETAT : LA CONTRIBUTION DE LA COMMISSION DES FINANCES<sup>1</sup>

**Dr Abdoulaye FOFANA,**

*enseignant chercheur à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

« Réforme<sup>2</sup> de l'Etat », « rupture avec le passé », « renouveau de la gestion publique », « refondation de l'Etat », « adaptation à la culture du changement », « mutation du système financier public », « innovation des procédures financières de l'Etat », « renouveau dans la gestion des finances publiques »..., les termes ne manquent pas dans les discours politiques actuels pour illustrer les innovations initiées pour la modernisation de la gestion des finances publiques, généralement sous l'égide des commissions des finances, pour la performance.

Or, depuis la parution de l'important article de Joseph Barthélémy<sup>3</sup>, peu d'écrits en matière de recherche scientifique ont

---

<sup>1</sup> Note : une première version de cet article fut publiée dans les *Mélanges en l'honneur du professeur Gilbert Orsoni*, sous le titre : *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux*, Presse universitaire d'Aix-Marseille- PUAM 2018, p. 199-222.

<sup>2</sup> Patrick HASSENTEUFEL, *Sociologie politique : l'action publique*, Armand Colin, 2<sup>e</sup> édition 2014, p. 243.

<sup>3</sup> Joseph BARTHELEMY, « Le procès de la commission des finances » : « La commission des finances est, dans chaque Chambre, l'organisme technique le plus important et le plus puissant... Enfin, au bout de la course, on parvient à un local clair, aéré, meublé d'une élégante table fer-à-cheval en acajou, autour de laquelle s'alignent 44 sièges confortables et d'un modèle spécial. C'est la salle de la commission des finances. Aucune autre commission n'émettrait la prétention, même si le local était libre, d'y tenir sa séance...

concerné la commission des finances, qui se révèle aujourd'hui comme le centre névralgique de la réforme des finances publiques. Pourtant, au Mali, bien avant l'avènement de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) en France, la commission des finances, lors de la présentation du rapport sur la loi de finances initiale de 1998, avait recommandé au gouvernement, un changement dans la gestion des finances publiques, pour plus d'efficacité et de performance.

Aussi, le gouvernement s'est-il saisi d'un tel appel pour instituer le modèle de budget programme<sup>4</sup> et prôner une modernisation de la gestion des politiques publiques. Un ambitieux chantier de réformes, dirigé par un commissariat au développement institutionnel<sup>5</sup> (CDI), a

---

Tous ces privilèges mobiliers et immobiliers ne sont pas aussi vains que serait tenté de le croire quelque théoricien de cabinet. Ils symbolisent la supériorité de la commission des finances ; ils matérialisent sa primauté parmi les autres grandes commissions. En même temps, ils les consolident, les exaltent, les aggravent ». *Mélanges dédiés à R. Carré de Malberg*, Topos Verlag AG Vaduz Liechtenstein, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 243-244.

<sup>4</sup> Selon Alain PARIENTE et Abou Saïb COULIBALY, « Dans les pays africains, les budgets de programmes ont fait leur apparition dans certains Etats comme le Bénin, le Burina Faso, le Mali et le Sénégal... Plus précisément, c'est le Burkina et le Mali qui, au sein de ce groupe de pays, vont, en premier lieu décider de se lancer en 1997 dans l'expérience des budgets de programmes... » *Logique de performance et pays en développement*. RFFP. LGDJ. n° 98, juin 2007, p. 35.

<sup>5</sup> En vue de moderniser l'administration, le gouvernement du Mali a adopté en juillet 2003, le programme de développement institutionnel (PDI) qui visait les objectifs spécifiques suivants : i) adapter l'organisation de l'administration à l'évolution politico-institutionnelle, afin de corriger ses incohérences structurelles et accroître son efficacité ; ii) renforcer la gestion publique en vue d'améliorer qualitativement et qualitativement les services offerts aux populations ; iii) mettre les préoccupations des usagers au cœur de l'action administrative, afin de donner une légitimité à l'Etat et renforcer le processus démocratique ; iv) assurer un pilotage adéquat des politiques de développement et améliorer la coordination des actions de développement... le commissariat au développement institutionnel (CDI) entretient des liens de partenariat pour la mise en œuvre du programme de développement institutionnel (PDI) avec l'Union européenne, le programme des Nations

été lancé par la suite. Le volet financier de ce programme fut inscrit dans un autre projet dénommé plan d'action gouvernemental pour l'amélioration et la modernisation des finances publiques (PAGAM-GFP) piloté par un comité technique appelé cellule d'appui à la réforme des finances publiques (CARFIP). A quelque niveau qu'on l'étudie, amélioration ou modernisation de la gestion des finances publiques, la politique du changement recherché est simplement le remplacement d'une ancienne fonction budgétaire par une nouvelle. L'approfondissement de la question devient complexe dans un contexte de réforme de l'Etat, par le fait qu'elle implique principalement les fonctions exécutive et législative.

Toutefois, la logique voudrait que la commission des finances en soit le principal artisan, à cause de l'importance de son rôle dans la fonction législative, qui contribue largement à l'adoption de tous les projets destinés à la réforme de l'Etat. Au sens le plus général du terme, on entend par fonction<sup>6</sup>, l'activité, c'est-à-dire « ce à quoi sert » une chose. Mais entendu singulièrement dans un sens juridique, le terme revêt deux significations : « fonction-objet » et « fonction-fin », la première vise l'activité poursuivie, et la deuxième concerne l'intention poursuivie.

La fonction fondamentale du Parlement semble être la légitimation démocratique de l'activité de l'Etat<sup>7</sup>. Comme la fonction<sup>8</sup> législative en

---

unies pour le développement (PNUD), la coopération française et le Canada. *Rapport de mise en œuvre à mi-parcours du CSRCRP 2012-2017*, p. 123.

<sup>6</sup> Denys de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*. *Economica*, 1996, p. 44-45. « Fonction » : du latin *functio, functionis*, substantif dérivé de verbe *fungere*, qui signifie *s'acquitter de, accomplir* ; l'idée dominante n'est pas seulement d'agir, mais surtout d'exécuter, d'accomplir, de réaliser entièrement, totalement. *Le Littré*, définit la « fonction » comme l'action propre à un emploi, à une charge (vaquer à ses fonctions, faire les fonctions de sa charge, accomplir les fonctions de la royauté).

<sup>7</sup> Pour Adolf KIMEL, « la légitimation démocratique de l'activité de l'Etat est généralement considérée comme la fonction de base du Parlement. Le Parlement aurait le monopole démocratique de la légitimité ; le gouvernement ne disposerait que d'une légitimité dérivée. Même si le système des partis permet de considérer *de facto* les élections législatives comme le choix, par

matière budgétaire se manifeste à la fois à travers le vote de la loi de finances et le contrôle de son exécution avec l'examen de la loi de règlement, il a été prévu d'opérer des réformes organisationnelles au sein de cette structure législative, afin qu'elle soit à mesure de mieux s'acquitter de ses missions avec performance et efficacité.

On se souvient que la réforme budgétaire enclenchée en France depuis août 2001, fut une œuvre des commissions des finances du Parlement (Assemblée nationale et Sénat). Cette réforme a ensuite servi de source d'inspiration législative au Mali, à cause de la coopération scientifique ou des liens culturels entre les deux Etats. Eminemment technique et difficilement maîtrisable, elle a occasionné une véritable révolution dans la conception des finances publiques et vulgarisé une culture du changement dans la gestion étatique en cette ère de mondialisation. A ce propos, dans un article du professeur Gilbert Orsoni intitulé « De l'esprit de réformes et de quelques fondamentaux<sup>9</sup> », celui-ci a largement contribué à mieux faire

---

les électeurs, d'un chef de gouvernement, d'un programme et même, au moins partiellement, d'une équipe, le Parlement serait plus proche du suffrage populaire, donc plus légitimé que le gouvernement », in *L'Assemblée nationale sous la V<sup>e</sup> République*, 1991 Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1991, p. 14.

<sup>8</sup> Bertrand MATHIEU, « Les commissions parlementaires permanentes, outils de revalorisation de la fonction parlementaire », *Revue française de finances publiques (RFFP)* n° 113, février 2011, L.G.D.J. Lextenso éditions, p. 31.

<sup>9</sup> Gilbert ORSONI, *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux* : « ... Il est vrai que la posture réformatrice peut paraître plus valorisante qu'un immobilisme que chacun se garderait bien de revendiquer, y compris dans un pays que l'on a souvent présenté comme plus porté, au moins pendant de longues décennies, à la revendication révolutionnaire qu'à des réformes graduelles : propos évidemment excessif car si la réforme s'est révélée difficile, incomplète et/ou critiquée, les réformes profondes n'ont tout de même pas manqué, que l'on songe à la réforme institutionnelle ayant conduit à la V<sup>e</sup> République, à la décentralisation, à celles touchant les mœurs ou la famille, voire même aux réformes qu'a connues l'université, l'on ne saurait passer sous silence la réforme initiée par la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001, elle-même élément d'une réforme de l'Etat qui restait à venir... » in *Réformes des finances publiques et modernisation de*

appréhender l'impact de la réforme sur tout le système financier et administratif de l'Etat.

Ainsi, la commission des finances, ayant compétence pour examiner, à la fois, le document le plus important pour la survie de l'Etat, c'est-à-dire la loi de finances initiale, et de donner son avis sur toutes les lois ayant une incidence financière, entend s'impliquer dans le combat pour la réforme tant dans l'organisation institutionnelle ou financière, que dans l'organisation du travail législatif. Nonobstant le respect des principes institutionnels sacrosaints basés sur la séparation des pouvoirs, elle ne peut que profiter de sa position stratégique, placée à cheval, entre les deux autres institutions pour conduire la politique du changement.

Cette entreprise sera d'autant plus délicate, périlleuse même, quand on sait que, au moment d'initier les projets de réforme, le Mali vient d'engager en même temps un vaste programme de décentralisation avec la création de sept cent trois communes contre quarante-trois précédemment. Plus récemment, il vient de renforcer la déconcentration administrative avec la création de deux régions à Menaka et Taoudénit et qui sont également des collectivités territoriales. L'insuffisance des ressources budgétaires des collectivités décentralisées a conduit à spécifier des ressources nouvelles, à elles dédiées, sous forme de subventions soit de fonctionnement, soit d'investissement.

Par ailleurs, l'adhésion du pays aux politiques d'intégration économique, communautaire ou mondiale a nécessité la révision des anciennes pratiques budgétaires, ou leur harmonisation avec celles des autres partenaires, notamment les partenaires techniques et financiers. Ainsi, l'esprit de réforme est encouragé et propagé à travers des expressions emphatiques comme « la culture de résultats », la « recherche de la performance », « faire plus avec moins tout en maintenant la qualité », « obligation de rendre compte ». Certes, ce langage guerrier est séduisant, mais qu'en serait-il de son application et surtout de ses résultats en termes de changement ?

---

*l'administration - Mélanges en l'honneur du Professeur Robert Hertzog, Economica, 2010, p. 401.*

A vrai dire, notre réflexion va tenter de mettre en exergue l'importance de la fonction législative dans la réforme de l'Etat en se référant aux actions de la commission des finances en tant que structure animée par des acteurs acquis à cette entreprise, collaborant étroitement avec le pouvoir exécutif conformément aux exigences du régime parlementaire.

Outre les quelques problèmes effleurés ci-dessus, on essaiera de démontrer à travers le présent article l'apport de la commission des finances à la réforme de l'Etat à partir de l'exercice de la fonction législative. Pour ce faire, il faudra inventorier les innovations managériales introduites à la commission elle-même pour améliorer son efficacité dans l'organisation du travail parlementaire (I), d'une part, et l'apport de la fonction législative à la modernisation de la gestion budgétaire pour la performance (II), d'autre part.

### **I. Les innovations managériales de la commission pour plus d'efficacité dans l'organisation du travail parlementaire**

On sait que la fonction législative est une prérogative propre au Parlement, constitué au Mali d'une chambre unique dénommée Assemblée nationale et qui collabore avec le gouvernement dans la réalisation des politiques publiques. Auparavant, le travail des assemblées était organisé au sein des comités qui avaient compétence d'examiner au préalable toutes les affaires soumises au Parlement, notamment en matière financière pour éviter tout désordre. C'est la raison pour laquelle l'organisation du système des commissions reflétait le mode de fonctionnement du Parlement, et du coup la nature du système politique existant. En France, jusqu'en 1875, il n'existait que les trois commissions permanentes suivantes : finances, affaires extérieures et de l'armée<sup>10</sup>. Au Mali, le règlement intérieur actuel de l'Assemblée nationale en a prévu onze.

---

<sup>10</sup> Noter qu'en France, après la révision constitutionnelle de 2008, il existe aujourd'hui huit commissions à l'Assemblée nationale et toujours six au Sénat, même s'il a la possibilité de porter ce chiffre à l'égal de l'autre chambre.

Aussi, il paraît important de chercher à savoir pourquoi la commission des finances arrive à s'imposer dans le microcosme politique comme une structure fondamentale, capable de contribuer au programme de réforme de l'Etat. On doit alors se poser les questions suivantes : comment fonctionne-t-elle, selon les seules dispositions réglementaires ou selon ses règles et logique propres, avec pragmatisme et souci de perfection ?

***A. D'une organisation instrumentale à une organisation managériale pour une fonction législative performante***

Naguère, l'organisation du travail législatif à la commission des finances était comparable au schéma développé dans le cadre d'une organisation classique à l'instar d'une grande administration publique ou d'entreprise, dépendant d'un supérieur hiérarchique. Structure spécifique fonctionnant suivant un règlement intérieur, avec un organigramme taillé à la dimension de l'hémicycle, la commission des finances dispose d'une direction appelée « le bureau », placée sous la responsabilité d'un président<sup>11</sup>, assisté d'un vice-président et d'un rapporteur général. Le président est doté d'un pouvoir hiérarchique de fait sur les membres du bureau appelés commissaires (tous députés disposant des mêmes statuts et droit que le président), dans les limites des nécessités du fonctionnement de la commission. La commission est également appuyée par une équipe de personnels administratifs qualifiés, selon les cas, de fonctionnaires ou d'assistants parlementaires ou même d'experts. La complexité d'une telle structure suscite une certaine interrogation sur la nature de la démarche appropriée pour plus de réussite dans l'organisation du travail parlementaire.

---

<sup>11</sup> Le règlement intérieur article 34, 2<sup>e</sup> alinéa précise que les présidents des commissions n'ont pas voix prépondérante.

1. *Un instrument organisé pour la réussite du travail parlementaire*

Le droit parlementaire malien, largement influencé par l'esprit de la Constitution française de 1958<sup>12</sup>, laquelle a elle-même fortement inspiré les initiateurs de l'ordonnance française de juillet 1959, a assurément réservé à la commission des finances du Parlement malien un rôle d'instrument capital dans l'organisation du travail parlementaire.

En France comme au Mali, le Parlement est l'instrument qui accomplit le travail législatif à côté d'un gouvernement qui le pilote, comme l'illustre ces propos<sup>13</sup> : « C'est bien lui (le gouvernement) qui très largement, choisit les textes qui seront examinés, le moment où aura lieu cet examen, le délai accordé au Parlement pour procéder au vote et c'est lui qui, par conséquent, détermine l'objet, mais aussi le rythme et donc l'organisation du travail législatif » ; cependant il reste que la commission des finances y joue un rôle particulier, car la commission des finances, à son tour, est un instrument au service du Parlement.

Le Parlement semble ne plus disposer du monopole de l'autorisation fiscale conquis depuis les origines du régime parlementaire, avec le consentement à l'impôt<sup>14</sup>. Il conserve cependant celui de l'organisation du travail législatif, en matière financière, par son pouvoir d'accorder ou non son autorisation pour l'exécution du projet de loi de finances. Il se prévaut d'un tel pouvoir, à partir de l'autonomie organisationnelle et fonctionnelle reconnue aux

---

<sup>12</sup> Adolf KIMEL : « La compétence législative du Parlement fut certes la moins menacée en 1958, mais le système de « freins puissants » mis en place pour prévenir tout « déraillement » est, dans ce domaine, particulièrement pesant », *L'Assemblée nationale sous la cinquième république*, op. cit., p. 59.

<sup>13</sup> Jean-Louis PEZANT, « Contribution à l'étude du pouvoir législatif selon la Constitution de 1958 », in *Le pouvoir : Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Voir aussi Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Le contrôle parlementaire sur la politique*. Montchrestien, 3<sup>e</sup> édition, 2004.

<sup>14</sup> Consentement acquis dans le cadre de la *Magna Carta* en 1215 en Angleterre, au XIV<sup>e</sup> siècle en France, mais perdu pendant la guerre de cent ans et retrouvé seulement au moment de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

commissions techniques pour l'interprétation des textes officiels par un jeu empirique. Le Parlement a su développer dans la pratique un certain particularisme dans le travail législatif. Il s'agit d'un particularisme basé sur des règles généralement empiriques, établies sans autre dessein préalable que de valoriser la fonction législative. Aussi, s'est-il ménagé un pouvoir spécifique dans la procédure budgétaire, en s'inspirant des modèles conçus par le gouvernement.

La procédure inscrite dans les textes commence par le dépôt du projet de loi de finances à l'Assemblée nationale dès le premier lundi du mois d'octobre. Celle-ci dispose d'un pouvoir de suivi et d'analyse des prévisions financières contenues dans la loi de finances, du plan des interventions financières de l'Etat : cette compétence restaure d'une certaine manière le pouvoir financier du Parlement. Pour incarner la possession d'un tel pouvoir, les commissions techniques parlementaires semblent rivaliser avec celles des services publics, et empruntent le plus souvent les mêmes dénominations que certains départements ministériels.

A titre d'exemple, l'appellation de la commission chargée des finances ressemble à celle réservée au département des finances en fonction des objectifs de changement de politique publique du gouvernement. Sous la première République d'obédience socialiste<sup>15</sup>, où la planification servait de stratégie budgétaire, elle s'appelait commission des finances, de l'économie et du plan. Présentement, à l'époque contemporaine où le secteur privé s'impose comme le moteur de la croissance, elle s'appelle désormais commission des finances de l'économie, du plan et de la promotion du secteur privé. Toutes ces dénominations répondent aux mêmes appellations réservées aux départements ministériels chargés, tantôt des questions

---

<sup>15</sup> Rappelons qu'à la même époque au Mali, elles furent simplement supprimées en même temps que l'Assemblée nationale au profit d'une délégation législative de sept membres dirigés par le président de la République. Présentement, leur nombre est limité à onze afin d'éviter tout conflit fonctionnel ou d'éventuelle immixtion abusive desdites commissions dans l'interprétation des projets de loi propres au financement ou réalisation de l'action publique.

financières et économiques, tantôt aussi de la promotion du secteur privé.

Considérée comme une interface entre le gouvernement et le Parlement, la commission des finances compte aujourd'hui contribuer, sinon servir de catalyseur dans la mise en œuvre des projets de lois concernant la réforme de l'Etat. A l'instar des autres commissions techniques, la commission des finances accomplit ses missions conformément au cadre normatif fixé par la Constitution et le règlement intérieur. La Constitution<sup>16</sup> en vigueur ne traite pas expressément de cette commission ; elle ne fait cas que des dispositions normatives propres au Parlement.

En revanche, avec plus de clarté, le règlement intérieur de l'Assemblée nationale traite de la commission des finances, et des autres commissions techniques en son titre 1<sup>er</sup> chapitre VI. Il précise entre autres, que seule la commission des finances désigne un rapporteur général et au besoin des rapporteurs spéciaux. Contrairement aux rapporteurs des autres commissions qui sont nommés à l'occasion de l'examen de chaque projet de loi, celui de la commission des finances est élu conformément à l'article 28 dudit règlement intérieur, qui l'autorise également à participer à la conférence des présidents. Ce qui consiste juridiquement à réserver au rapporteur général la même importance statutaire reconnue au président de la commission. Cette importance est plus apparente dans l'organisation du travail parlementaire, tant au cours de l'examen des rapports en commission qu'au cours de la séance plénière. Jouissant généralement d'une compétence technique avérée en matière d'analyse financière ou de politique publique, la rédaction et la présentation du rapport de loi de finances en séance plénière, lui réservent, plus qu'à son président, une grande responsabilité dans la réussite du travail parlementaire. Ce qui pose la question de savoir quelle importance le règlement intérieur réserve à l'ordre de préséance ?

---

<sup>16</sup> Constitution de la République du Mali adoptée par référendum le 12 janvier 1992 et promulguée par décret n° 92-073/P-CTSP du 25 février 1992.

Sur cette question, il convient de rappeler que le droit parlementaire<sup>17</sup> qui régit l'organisation du travail parlementaire, est généralement considéré comme une compilation de pratiques, bâtie sur des précédents, en dépit des formulations législatives des règlements intérieurs.

Pour sa part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français<sup>18</sup> n'exclut pas que la coutume puisse être une source d'obligations juridiques dans le droit parlementaire au sens spécial, c'est-à-dire dans le domaine de la « légalité intérieure » des assemblées qui ressortit à un ordre juridique distinct. Cet ordre est autonome dans la mesure où il émane des assemblées en vertu de leur pouvoir d'organisation et règle leur vie intérieure, dont le Conseil constitutionnel n'a à connaître que sous le rapport de la conformité à la Constitution. C'est dans ce sens qu'il a soutenu dans sa décision n° 78-97 DC du 27 juillet 1978 que le règlement intérieur « n'a en lui-même aucune valeur constitutionnelle ». Nonobstant cette référence jurisprudentielle, on ne saurait dénier une valeur juridique tant au règlement intérieur, qu'aux décisions que prennent les organes des

---

<sup>17</sup> Pour avoir une idée sur les origines du droit parlementaire, il faut se référer aux règles suivies par le Sénat de Rome dans ses délibérations, comme l'a décrit Claude NICOLET dans son ouvrage intitulé : *Les structures de l'Italie romaine*, PUF 1979, p. 357-392. Selon Marcel PRELOT, est parlementaire, le droit qui intéresse les assemblées politiques délibérantes. Il semble que cette expression parut la première fois en 1814, dans la traduction du *Manuel* que Thomas JEFFERSON avait rédigé lorsqu'il était président du Sénat, avant de devenir président des Etats-Unis en 1800. Pour sa part, en 1816, Etienne DUMONT a titré son ouvrage *Tactique des assemblées législatives*, pour décrire l'étude de la délibération parlementaire et de sa logique propre. Bien qu'il soit admis que la source directe de ce droit est la pratique du Parlement britannique, les députés français, préféreraient se référer à la pratique des assemblées du clergé, dont Léo Moulin a montré l'importance dans la formation des techniques électorales et délibératives (Voir S. RIALS, « Sur les origines canonales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, n° 44, p. 141.

<sup>18</sup> Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Le contrôle parlementaire sur la politique*. Montchrestien 3<sup>e</sup> édition 2004, p. 20.

assemblées dans l'application des dispositions ou compétences ressortissant des précédents.

Ainsi, sans désirer ouvrir un débat quelconque sur les sources non écrites du droit, nous faisons économie de la valeur juridique du règlement intérieur pour apprécier l'organisation empirique de la commission des finances, comme une forme de management public.

*2. Une organisation managériale à la rescousse de l'insuffisance normative*

On constate généralement que, partout, la commission chargée des finances bénéficie de nombreux privilèges organisationnels de type instrumental ou managérial selon les circonstances. En effet, devant satisfaire à des préoccupations multiples, la commission des finances<sup>19</sup> est fortement impliquée dans toutes les tâches budgétaires, financières et même organisationnelles du Parlement. Par conséquent, elle s'efforce toujours de répondre à la nécessité d'œuvrer au plus vite à la régénération financière de l'Etat, et surtout à adopter avec diligence tout projet de loi relatif à un renflouement des caisses publiques. Ce que Irène Bouhadana souligne en ces termes : « les commissions de finances héritaient ainsi d'un lourd passif tandis que l'urgence et

---

<sup>19</sup> Joseph BARTHELEMY, « La Commission des Finances est, dans chaque Chambre, l'organisme technique le plus important et le plus puissant. -... Dans chacune des deux Assemblées la Commission des Finances est le plus important des organismes internes. Elle a souvent joué un rôle directeur et déterminant. Villèle, Pierre Magne y ont fait leur apprentissage... Aux premières années de la République, Gambetta, l'ancien dictateur de 70-71, l'animateur de la défense nationale, le chef des 363, accepte de présider la Commission des Finances... La courtoisie parlementaire exige que, périodiquement, le Chef du Gouvernement adresse des remerciements à la Commission des Finances pour l'effort qu'elle a donné dans l'intérêt public. - La Commission des Finances est la *commission reine* », in *Mélanges à R. Carré de Malberg*, Librairie Edouard Duchemin, Paris 1977, op. cit., p. 243 à 244.

l'ampleur de leurs tâches s'opposaient à la détermination précise tant de leurs compétences que de leurs méthodes de travail »<sup>20</sup>.

Ainsi, dans l'accomplissement des travaux propres à la fonction législative, la commission est animée par des acteurs humains, qui sont des députés élus, appelés commissaires. Ceux-ci n'ont pas la même appréciation de l'enjeu stratégique de la mission qu'ils doivent assumer ; ni la même motivation à mener à bien cette mission. Certes, ils jouissent tous du même statut, mais ne présentent pas le même profil professionnel, ni le même cursus universitaire, ou valeur intrinsèque. Présentement, l'effectif des commissaires est limité à vingt-cinq au maximum. Ce qui marque un frein aux inscriptions fantaisistes et sert de rempart contre l'absentéisme<sup>21</sup>. Dans la pratique, la mise en jeu de sanctions financières à l'encontre des commissaires absentéistes est plus dissuasive. Bien que prévu à l'article 29 alinéa 2 du règlement intérieur, ce mécanisme de sanction est peu appliqué, sinon appliqué avec une certaine partialité en considération des affinités politiques. Surtout que les décisions des commissions sont prises à la majorité absolue des suffrages exprimés, apparemment sans aucune influence. En vue de motiver les commissaires dans l'accomplissement de leurs tâches, des primes et des indemnités leur sont octroyés par session, selon le volume d'heures supplémentaires en fonction de l'enjeu du projet de loi à examiner.

A partir de cette réalité, on peut avoir une idée sur la complexité de la contribution de la commission des finances, aux fonctions législatives ou de réformes de l'Etat. Le travail effectué est la résultante de l'agencement d'un réseau d'acteurs polyvalents qui s'allient et s'entendent sur les équilibres de pouvoir pour réaliser un objectif spécifique : la production d'un rapport relatif à un projet de loi. Ce fut le cas lors de l'adoption du rapport de la commission

---

<sup>20</sup> Irène BOUHADANA, *Les Commissions des finances des Assemblées parlementaires en France : origines, évolutions et enjeux*. LGDJ 2007, p. 107.

<sup>21</sup> Selon l'article 29, alinéa 2 du règlement intérieur de la 5<sup>ème</sup> législature 2014-2018, « Tout commissaire absent à une réunion, sans motif valable, perd le bénéfice de ses indemnités de session du jour. »

demandant un changement dans la gestion de la loi de finances. A la suite d'une sorte d'échange négocié, le gouvernement a été amené à mettre en œuvre une profonde réforme des finances publiques à travers le PAGAM-GFP. Par ricochet, les impératifs de changement émanant de l'approche « budget-programme » ont eu un impact sur le fonctionnement législatif, avec d'importantes innovations apportées à la commission des finances.

Ces innovations concernent surtout la constitution des commissions spéciales ou d'enquête et la désignation de rapporteurs spéciaux. Seule la commission des finances peut élire un rapporteur général et au besoin désigner des rapporteurs spéciaux. Certes, les rapporteurs spéciaux contribueront à l'amélioration qualitative des analyses portant sur des secteurs spécifiques ; mais ils peuvent aussi être de potentiels rivaux et développer leur stratégie en vue d'évincer le Rapporteur général de son poste tant convoité.

Afin d'éviter d'éventuels conflits et permettre à la commission d'accomplir sa fonction législative avec performance, de nouveaux avantages sont offerts aux commissaires pour les motiver à s'acquitter de leurs tâches au mieux. Ces avantages concernent l'organisation des ateliers pour le renforcement des capacités, l'allocation d'indemnité spéciale pour la réalisation de certaines missions, la participation à certains voyages d'études<sup>22</sup> et d'échanges d'expériences parlementaires dans le cadre de la diplomatie parlementaire. Pour la plupart, ces activités qui sont inscrites au chronogramme du PAGAM-GFP comme facteur d'amélioration du travail parlementaire, contribuent aussi à l'amélioration du système financier public.

Il ne s'agit donc plus de se conformer aux normes organiques établies pour décider de l'action à entamer ; mais il faut plutôt s'intéresser à l'action des hommes impliqués dans le fonctionnement du travail législatif pour le changement. Il faut plutôt exploiter les

---

<sup>22</sup> Rapport d'évaluation de la mise en œuvre du PAGAM/GFP-2013 : des voyages d'études et de formation ont été organisés au Bénin du 25 au 30 mars 2013... en vue de renforcer la capacité de certains députés et du personnel de l'UNACEM en évaluation de la gestion budgétaire, selon un rapport du ministère de l'Economie et des Finances de mars 2014, p. 19.

ressources humaines disponibles, comme dans la gestion d'une entreprise privée, pour en tirer le meilleur rendement au bénéfice des fonctions législative et exécutive.

Une telle organisation managériale se manifeste davantage à l'occasion de l'audition du ministre des finances pour l'examen final du projet de loi de finances. Bien que la même procédure soit suivie ailleurs, la commission des finances affiche à cette occasion plus de zèle protocolaire. Ce moment ressemble d'ailleurs à la fois à un jour de gala ou de deuil, tant les attitudes sont compassées.

En effet, avant l'arrivée du ministre, tous les directeurs précédemment entendus prennent d'assaut la salle de la commission des finances<sup>23</sup>. Ils seront accompagnés cette fois-ci par les conseillers techniques du ministre. Mais compte tenu de la spécificité de la question budgétaire, et sans se soucier des règles protocolaires, ce dernier fait asseoir le directeur du budget à ses côtés avant ses conseillers et même le secrétaire général de son département, s'il est présent.

Il arrive souvent que le rapporteur général, sans se référer à l'humeur du président de la commission ou aux pratiques traditionnelles de la « courtoisie parlementaire » se réserve le droit de poser certaines questions qui pourraient heurter la susceptibilité du ministre. Le rapporteur sera appuyé par les commissaires présents (qu'ils soient de l'opposition ou de la majorité); ceux-ci interviendront successivement pour soutenir leur homologue, ou pour s'opposer à ses propos. En de telles occasions, le ministre des Finances se trouve en situation d'infériorité par rapport aux parlementaires pour les raisons suivantes :

- techniquement, le rapporteur général peut poser certaines questions improvisées dont le ministre n'avait pas connaissance et auxquelles il ne saurait répondre spontanément. Pour ce faire, il est

---

<sup>23</sup> La commission des finances, ce jour-là, met la main dans la poche pour mobiliser le protocole de l'Assemblée afin de clôturer la cérémonie en apothéose avec un cocktail digne du rang de l'invité. D'ailleurs même des commissaires qui ne se présentent jamais à la commission se font remarquer par leur présence et l'aspect parfois anachronique de leurs questions.

souvent obligé d'attendre une réponse préparée par son directeur du budget ou un des conseillers ;

- psychologiquement, il se trouve acculé par des députés qui le traitent comme leur égal devant ses subordonnés auxquels il est habitué à donner des instructions fermes sur un ton péremptoire ;

- politiquement, il doit tout faire pour donner l'impression au président de la République, qui en aura les échos, qu'il maîtrise son domaine et que les députés sont obligés de se plier devant ses arguments.

C'est à ce niveau que le président de la commission doit faire montre d'une excellente qualité de manager<sup>24</sup> en tentant de rapprocher les points de vue divergents. Il lui arrive souvent de suspendre les travaux pour harmoniser les points de vue, notamment lorsqu'il s'agit des propositions d'amendement ; ou de trouver des voies informelles pour obtenir une adhésion de la majorité à la prise de décision. Il peut même associer le président de l'hémicycle, ou de surcroît les présidents des groupes parlementaires pour obtenir le vote du projet de loi, quitte à ce que ce soit aux forceps. Tout cela permet d'avancer, sinon au meilleur des cas, de clôturer l'écoute du ministre par un petit cocktail managérial.

Cette attitude s'assimile à une gestion managériale des membres de la commission, des membres des autres commissions et de leurs présidents, c'est-à-dire à une action ou à un art ou une manière de

---

<sup>24</sup> Aline SCOUARNEC, *Management et Métier (Visions d'experts)* : « Les responsables, les managers ont été de tout temps, ce qui est peut-être leur principale caractéristique, d'une grande sensibilité à leur environnement : ils se sont même efforcés de l'influencer, voire de le maîtriser ; le management a commencé lorsque l'homme, avec l'aide du groupe social auquel il appartenait, a cherché à desserrer les contraintes qui l'empêchaient d'atteindre ses objectifs... L'institution militaire a beaucoup apporté à l'évolution du management ; elle réunit de façon presque caricaturale les notions de base d'un management efficace : -un homme -une mission -une organisation et une structure adaptée -un système de récompense efficace, et ce, dans une culture forte qui solidarise le groupe. L'histoire du management, c'est d'abord l'influence de la personnalité du dirigeant et l'intensité de son engagement », in *Mélanges en l'honneur de Luc Boyère*, éditions Management & Société EMS, 2010, p. 20.

conduire une organisation, de la diriger, de planifier son développement, de la contrôler avec stratégie. La stratégie est la pierre angulaire à partir de laquelle ce management va s'élaborer ; elle est un modèle de choix, de priorité, d'engagements pris en vue d'atteindre certains objectifs. C'est ce que décrivent parfaitement M. Crozier et G. Friedberg, dans leur analyse de l'acteur qui veut appréhender l'esprit des réformes à entreprendre. Les comportements de cet acteur sont l'expression d'intentions, de réflexions, d'anticipations et de calculs entièrement explicables par les objectifs et les buts qu'il vise.

Si les réformes entreprises au Parlement français ont permis de réserver la présidence de la commission des finances à un élu de l'opposition, au Mali elles ont réservé seulement le statut de président ou de rapporteur spécial d'une commission d'enquête ou spéciale à un député de l'opposition. De même, la présidence de la commission de contrôle est réservée également à un élu de l'opposition. Par pragmatisme et souci de donner une réelle image démocratique à la fonction législative, le gouvernement a élaboré un projet de statut de l'opposition politique<sup>25</sup> récemment adopté par le Parlement.

Compte tenu de la haute technicité des questions financières, de la complexité de la gestion des finances publiques, une structure de contrôle et d'évaluation a été créée et mise à la disposition de la commission des finances du Mali.

#### ***B. Le recours à une structure d'appui, de contrôle et d'évaluation à la disposition des finances***

En vue de trouver une solution au manque d'expertise des législateurs dans le traitement des dossiers financiers, afin de permettre à la commission des finances d'être plus efficace et diligente dans l'accomplissement des missions à elle confiée, notamment en matière de réforme, le PAGAM-GFP a exigé la création d'une structure d'appui au sein de cette commission, dénommée : unité d'analyse et d'évaluation du budget de l'Etat du Mali (UNACEM-

---

<sup>25</sup> Dépôt n° 2014/60/VL du 22 août 2014 : projet de loi portant *statut de l'opposition politique*. Article 5 : Il est reconnu à tout parti politique ou groupement de partis politiques le droit à l'opposition.

AN)<sup>26</sup>. Cette structure est animée par une équipe d'experts pluridisciplinaires, chargée, entre autres, d'analyser ex ante, les documents soumis à l'approbation des députés, à la rédaction des projets de rapport, à la formation des députés pour la maîtrise des techniques budgétaires et financières, et surtout au contrôle sur le terrain pour vérifier et évaluer la réalité des pratiques en matière de gestion des finances publiques.

*1. La création d'une structure d'experts en analyse budgétaire*

Traditionnellement, la fonction législative de la commission des finances lors des travaux parlementaires, se réduisait à l'analyse des documents pour l'examen d'un projet de loi et au contrôle de l'action gouvernementale. Présentement, l'exercice de cette fonction est facilité par l'accompagnement de l'UNACEM. La création de cette structure pallie l'insuffisance en ressources humaines qualifiées et surtout expertes dans l'analyse des questions financières. De manière générale, il a été constaté que les commissions parlementaires doivent être suffisamment renforcées afin de leur permettre d'analyser en permanence et avec diligence les nombreux textes qu'elles reçoivent, d'une part, et de procéder aux missions de contrôle ou d'évaluation à tout moment.

---

<sup>26</sup> Voir décision n° 09-0071/P-AN-RM portant *organisation et fonctionnement de l'Unité d'analyse, de contrôle et d'évaluation du budget de l'Etat du Mali, Assemblée Nationale (UNACEM-AN)*. L'article 10 dispose que sous la responsabilité du comité de pilotage, l'UNACEM-AN est chargée d'analyser et d'évaluer des données et informations économiques et statistiques ; d'étudier et d'analyser les différentes lois de finances ; de suivre l'exécution du budget en cours ; d'évaluer l'incidence financière des mesures de politique économique et sociale entreprise par le gouvernement ; d'exploiter les rapports de toutes les structures de contrôle et de vérification ; d'exploiter les rapports du Conseil économique social et culturel; d'apporter l'assistance nécessaire aux députés à l'occasion de l'examen du vote de la loi de finances ; de former les députés, le personnel parlementaire et les cadres de l'UNACEM-AN ; de publier les données et informations relatives à la politique budgétaire de l'Etat ; d'effectuer toute tâche pouvant renforcer les capacités des différents bénéficiaires de la structure.

Grâce à l'appui constant de l'UNACEM, la commission chargée des finances semble défier toute concurrence face aux technocrates du gouvernement tant dans l'analyse des documents budgétaires, que dans l'exercice parfait du droit d'amendement. A l'instar du Parlement du Bénin qui fut la première à expérimenter une telle pratique législative dans l'espace UEMOA, l'expertise et la performance de la commission des finances du Mali, en matière d'analyse et de contrôle budgétaire est citée en référence.

La plupart des rapports du PEFA<sup>27</sup> (*Public Expenditure and Financial Accountability*) ont réservé une bonne note à la création de cette structure d'appui, qui est perçue comme une réforme majeure dans la fonction législative. Elle facilite l'évaluation des actions politiques avec l'avènement de l'ère dite de la mondialisation et de la globalisation. Ce qui permet de répondre facilement aux difficiles questions financières ou de prise de décision en matière de politiques publiques.

L'UNACEM est dirigée par un coordinateur expert en finances publiques, assisté d'un adjoint spécialiste de la même matière. En outre, elle dispose d'une équipe d'experts : en fiscalité ; en économie générale ; en analyse économétrique (macro et micro-économique); décentralisation, etc.

Les experts sont des acteurs de la technostructure, non concernés par les jeux propres aux politiques publiques. Ils sont astreints à n'émettre aucune opinion politique ou à afficher une coloration partisane quelconque. Un expert est un individu doté de compétences et/ou de savoir-faire spécialisé. Il s'agit d'univers professionnels illustrés par des notions comme l'expert-comptable, l'expert médical, etc. Pour Patrick Hassenteufel<sup>28</sup>, la mise en place d'outils d'évaluation correspond à une volonté d'intégrer l'expertise à l'action publique afin

---

<sup>27</sup> Catherine LAURENT, *Les standards internationaux de la bonne gouvernance selon la Banque Mondiale*. La bonne gouvernance dans le Monde. Actes de l'Université de printemps de Finances publiques. 2009 LGDJ. Lextensoéditions, p. 27.

<sup>28</sup> Patrick HASSENTEUFEL, *Sociologie politique : l'action publique*, 2<sup>e</sup> édition Armand Colin, 2014, p. 232.

d'en améliorer l'efficacité dans la logique de la rationalisation... en articulant savoir et décision.

Aussi, la mission d'évaluation mérite-t-elle d'être considérée comme une contribution législative à la réalisation des réformes budgétaires de l'Etat pour plus de performance.

2. *L'intérêt de l'inscription d'une mission d'évaluation<sup>29</sup> pour le changement*

La création de l'UNACEM-AN atteste une transformation appréciable du rôle de la commission des finances, qui se diversifie et s'intensifie qualitativement, au-delà de la fonction législative classique. Cette amplification assigne aux prérogatives traditionnelles de contrôle de la commission des finances une mission d'évaluation des politiques publiques. Or, il était fréquent d'entendre souvent que « l'évaluation parlementaire des politiques publiques, c'est-à-dire l'appréciation *a posteriori* des effets réels des décisions publiques se trouve en France dans la situation paradoxale d'être à la fois souhaitée et ignorée. » Autrement dit, il sera important de savoir si cette fonction d'évaluation parlementaire de la commission doit constituer un problème ou une solution aux questions de réforme de l'Etat au Mali ?

Sans être un grand clerc, il semble que l'évaluation parlementaire est une solution à la réforme du contrôle de l'action gouvernementale. Cela se justifie par le fait que les parlementaires acceptent désormais de recourir aux experts pour procéder à l'analyse des dossiers parlementaires, avec des méthodes scientifiques rigoureuses, pour apprécier les effets des politiques y attachés. Les rapports de la commission sont élaborés sur la base de considérations scientifiques rationnelles, en dehors des sensibilités ou stéréotypes politiques. Par

---

<sup>29</sup> Frank MORDACQ, Les finances publiques : L'évaluation est une notion plus large que le contrôle externe, car elle s'intéresse à un champ plus vaste, offre une vision transversale, déborde des seuls éléments financiers et peut faire appel à des compétences extérieures. « Evaluer une politique publique, c'est rechercher si les moyens juridiques, administratifs ou financiers mis en œuvre permettent de produire les effets attendus de cette politique et d'atteindre les objectifs qui lui sont assignés. » PUF, 2011, p. 116-117.

conséquent, le Parlement ne fait que conforter son pouvoir financier en renforçant son contrôle de l'action gouvernemental par l'évaluation des politiques publiques. En intégrant la culture d'évaluation à partir des résultats, la commission sera apte à mesurer la performance de l'action publique.

Il convient de distinguer le contrôle parlementaire de l'évaluation parlementaire. Le premier vise à formuler un jugement législatif (politique) sur l'action de l'exécutif. Il implique un objectif de rendre conforme à une situation donnée, lié au binôme : correction-sanction. Autrement, il s'agit de savoir si les objectifs visés par l'édiction d'une loi ont été atteints, comment procéder à une reformulation et éventuellement une mise en cause. En revanche, l'évaluation implique l'idée d'autocontrôle. Elle conduit à s'interroger par exemple sur les effets d'une loi adoptée et dont il faut endosser la responsabilité. Elle est donc plus axée sur les résultats et les effets réalisés.

Bien entendu, malgré la complexité de sa définition, l'évaluation des politiques publiques revient à analyser les impacts de l'ensemble de la politique publique concernée dans un certain délai, ainsi que l'adéquation des moyens mis en œuvre pour sa réalisation. L'avantage de l'évaluation consiste à servir de base à la procédure de révision des programmes concernant surtout les évolutions significatives de la prise en charge des politiques publiques. Toutefois, l'importance de l'évaluation ne doit en aucun cas, tendre à remplacer le contrôle des résultats ; elle doit plutôt contribuer à renforcer ledit contrôle.

Aussi, la vulgarisation progressive de la culture de résultat à partir de l'adoption de la loi n° 013-28, justifie-t-elle l'apport de la fonction législative à la modernisation de la gestion budgétaire pour la performance.

## **II. L'apport de la fonction législative à la modernisation de la gestion budgétaire pour la performance**

A l'heure de la modernisation et de la mondialisation, l'harmonisation des nouveaux instruments de mesure de financement de l'action publique pour la performance, nécessite une adéquation des missions avec les règles ou principes organisationnels des

commissions. Dans cette optique, les commissions des finances à travers le monde, font de la bonne gouvernance des finances publiques leur chant du cygne. Ce qui ne fait que conforter leur rôle originel visant l'assainissement des finances publiques, par une exigence rigoureuse de plus de transparence, gage du principe de la sincérité budgétaire.

« Analyser le rôle des commissions des finances conduit à s'intéresser à l'équilibre des pouvoirs. En effet, ces instances se situent au point de contact entre les pouvoirs législatif et exécutif. Ainsi, en raison de la place qu'elles occupent dans l'organisation institutionnelle, elles offrent un intéressant et fidèle éclairage des systèmes politiques dans lesquels elles s'insèrent et évoluent... »<sup>30</sup> A partir de cette citation, il sera possible d'approfondir la réflexion sur les prérogatives de la commission des finances dans l'encrage de la réforme des finances publiques par le respect de la transparence et de la bonne gouvernance.

---

<sup>30</sup> Irène BOUHADANA, « Le rôle des commissions des finances des Assemblées parlementaires : approche comparée ». Actes de la IV<sup>e</sup> Université de printemps de Finances publiques, L.G.D.J., 2009, Lextensoéditions, p. 193-199.

***A. Le respect de la transparence<sup>31</sup> et de la bonne gouvernance comme indicateurs de modernisation de la bonne gestion des finances publiques***

Pour être crédible auprès des partenaires techniques financiers, le Parlement malien a encouragé des réformes budgétaires et institutionnelles, pour hisser la gestion des finances publiques au rang des bons élèves du FMI et de la Banque mondiale. Dans cette optique, il favorise l'adoption de tout projet de loi visant la transparence ou la bonne gouvernance.

Or, depuis 1998, le Fonds monétaire international (FMI) s'est intéressé aux principes de la transparence et de la bonne gouvernance financière qui ont été présentés dans un Code de bonnes pratiques des finances publiques. Ce Code fut suivi d'un manuel de vulgarisation de la transparence à travers les pays membres du FMI, notamment ceux de l'espace UEMOA, qui s'en sont largement inspirés. Ainsi, la directive n° 1/2009 CM/UEMOA, proposée aux différents pays membres comme Code de la transparence financière, a été intégrée dans l'ordonnancement juridique malien pour plus de performance.

---

<sup>31</sup> Eloi DIARRA : « En somme, les circonstances actuelles exigent que les pouvoirs publics doivent viser à la transparence de la gestion publique, face à des citoyens de plus en plus informés et parfois bien avertis des questions fiscales et financières. Ils doivent donc donner l'impression que l'effort fiscal consenti par chacun est utilisé dans un intérêt général dont on peut voir le résultat et mesurer l'impact sur l'organisation et la cohésion sociale. Cette « obligation du temps présent » justifie largement l'évaluation au 1<sup>er</sup> euro, la désignation de responsables des programmes, l'utilisation d'indicateurs de performance, le recours à une approche contractuelle dans l'utilisation des ressources publiques et même l'éclatement des finances publiques<sup>31</sup> ». In *Finances publiques et institution étatique ou institution et désinstitutionalisation des finances publiques : deux moments de l'Etat en France*. In *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*. L'Harmattan, 2008, p. 282-283.

*1. La loi relative à la transparence et son impact sur la réforme des finances publiques*

Dans un contexte de mondialisation des économies, et de renforcement des relations de coopération entre les différents pouvoirs publics au plan international, régional et national, la commission des finances est tenue d'affûter ses stratégies pour s'adapter à l'évolution institutionnelle et normative qui conditionne la réforme des modes de financement de l'action publique pour la performance.

Ainsi, sans ménager aucun effort, elle a adhéré à la réforme de la gestion des finances publiques pour la transparence qui est en application dans la plupart des Etats contemporains. Ce qui justifie sa forte implication dans l'adoption par la commission des lois n° 13-28 du 11 juillet 2013, instituant le budget programme et la loi n° 13-31 du 23 juillet 2013, relative à la transparence dans la procédure budgétaire. Cette adoption traduit l'attachement des autorités de politiques publiques nationales, à prendre langue avec les responsables des finances internationales, pour une harmonisation de leurs gestions financières dans la transparence.

La transparence est définie comme l'information sans réserve du citoyen sur la structure et les fonctions des administrations publiques, les objectifs de politique financière publique, les comptes du secteur public et les projections budgétaires. Elle instaure le débat public sur la base d'informations fiables ; elle renforce en outre, la responsabilité de la crédibilité des pouvoirs publics qui sont constamment accusés à tort ou à raison des maux délictueux sinon répréhensifs comme la corruption, les détournements de deniers publics, la gestion occulte ou népotiste de l'argent public...

Le respect de la transparence est une des mesures de sureté pour la protection des maigres ressources d'un pays pauvre comme le Mali. Les autorités ou institutions chargées de la répartition des fonctions, sont tenues de préciser la répartition des décisions financières, et doivent communiquer avec clarté et précision. Il en résulte une présentation des données budgétaires avec plus de lisibilité et traçabilité. Sans difficulté, il sera possible au commun des citoyens d'apprécier les objectifs de la politique budgétaire, les hypothèses

macro-économiques qui les sous-tendent et les éventuels risques à prévenir. Il va sans dire que la prévision des recettes et leurs modalités de recouvrement doivent être définies et communiquées à l'attention de tous les citoyens et partenaires.

En outre, l'exigence de transparence dans la gestion des finances publiques a permis un large accès du public à l'information ainsi qu'une large diffusion à tout instant « T » des informations financières. Pour marquer sa pleine adhésion à cette pratique, la commission des finances au Mali et les organisations de la société civile ont obtenu du gouvernement la diffusion d'un modèle de budget-citoyen facilitant la compréhension du contenu de la loi de finances.

Désormais, la prise en compte de la fonction législative dans le changement du système<sup>32</sup> financier public ne saurait plus paraître comme un tabou, au regard de l'important rôle que la commission des finances joue dans l'interaction entre les différents acteurs impliqués dans la réalisation des politiques publiques.

C'est là une nécessité découlant à la fois de la complexité de la gestion du système des finances publiques contemporaines, et des exigences des partenaires techniques et financiers attachés également à la bonne gouvernance.

---

<sup>32</sup> Voir Abdoulaye FOFANA, *La direction du budget du Mali, Instrument stratégique de prévision et d'exécution de la loi de finances*, édition Atelier national de reproduction des thèses (ANRT), Lille, 2014, p. 14 : « L'analyse de système a eu une influence considérable sur les sciences humaines et sur la sociologie des organisations... Les organisations ont d'abord été étudiées comme des « systèmes fermés », plus que comme des systèmes naturels, alors qu'elles sont en fait des « systèmes ouverts ». Scott définit l'organisation, système ouvert, de la manière suivante : « Les organisations sont des coalitions de groupes d'intérêts variables qui développent des buts par la négociation ; la structure de la coalition, ses activités et ses résultats sont largement influencés par des facteurs propres à leur environnement ». C'est dans cette perspective qu'il faut certainement comprendre le sens et le rôle de la commission des finances dans la réforme de l'Etat à travers notamment le financement de l'action publique.

2. *L'exigence d'une bonne gouvernance financière pour les besoins d'un Etat intelligent*

La transparence présente de nombreux avantages pour la bonne gouvernance financière, qui doit s'inscrire dans un cadre juridique et institutionnel clairement défini. « L'on sait depuis longtemps que l'art des responsables budgétaires est dans l'allocation des ressources, par définition limitées, et l'aspiration du citoyen contribuable à des dépenses expression de besoins qui pourraient vite s'avérer infinis... Et qu'il ne suffisait plus de se contenter des contrôles traditionnels (Cours des comptes) stigmatisant gaspillage et dysfonctionnement, mais viser à une plus grande efficacité de l'action administrative (faire mieux sans dépenser plus et même si possible avec moins d'argent). D'où une action administrative destinée à satisfaire aux trois exigences (de la théorie des trois E) d'efficacité, efficience et économie. »<sup>33</sup> Est-ce là une des justifications de l'attachement des parlementaires maliens à l'option du budget programme pour garantir une bonne gouvernance des finances publiques, obligeant l'Etat à dépenser intelligemment pour réduire l'état de pauvreté endémique du pays.

La réponse ne peut être qu'affirmative, car les finances publiques ont été créées par les régimes parlementaires. Jadis, en France, sous la Restauration, le pouvoir exécutif a été encadré par la Chambre des députés. Ce qui s'est traduit par la suite selon les propos de Joseph-Barthélemy, par une transformation de la commission des finances, en particulier et les commissions parlementaires en général, en contre-pouvoir. En dehors des interactions ou imbrications des missions entre les fonctions législatives et exécutives, le droit parlementaire et le droit budgétaire conjuguent leurs efforts pour réaliser des programmes de politiques publiques, comme la réforme de l'Etat.

En se rappelant le principe du droit public qui suppose que gouverner c'est légiférer, on admettra aisément que gouverner c'est communiquer, et même dépenser. Ainsi, la fonction législative qui est particulièrement dominée par l'analyse du budget de l'Etat qui n'est

---

<sup>33</sup> Gilbert ORSONI, *Science et législation financières. Budgets publics et lois de finances*, Economica, 2005, p. 43-44.

qu'un acte politique de surcroît, est un vecteur essentiel de la réforme de l'Etat. Ce qui atteste l'importance de la commission des finances dans la prise de décision financière pour la bonne gouvernance.

Doter cette structure de moyens adéquats pour lui permettre de participer aux prises de décisions financières publiques, avec efficacité est une marque du changement. Or, on sait que le mouvement et la qualité des programmes de réformes ne sont pas conçus et décidés de la même manière, selon qu'il s'agisse des pays développés ou peu développés. Généralement dans les premiers, le choix de la décision est lié à un processus démocratique et participatif. Tandis que dans les seconds, il est conditionné à des considérations partielles, autoritaires, voire métaphysiques manipulées par les autorités politiques.

Paradoxalement, avec la mondialisation, les questions de gestion des finances publiques deviennent de plus en plus complexes et se situent dans un système plus ouvert aux technocrates et à l'environnement. Une telle réalité impose à tous les acteurs, l'acquisition de nouvelles cultures et conceptions de la décision financière. Il s'agit de gouverner autrement, car aucun principe financier n'est figé ; le tout se réalise de plus en plus dans un système ouvert à un environnement mondialisé et immensément informatisé.

Dans cette optique, le professeur Michel Bouvier pense que « Une observation attentive de l'ensemble des évolutions contemporaines des systèmes financiers publics conduit à mettre en pleine lumière le phénomène plus général qui est à l'origine, à savoir un processus de transformation, voire plus exactement la métamorphose de l'Etat et de la société... c'est néanmoins au passage à une « nouvelle gouvernance financière publique »... Or, cette dernière associe à la culture de performance, de l'efficacité de la gestion, une dimension politique, une culture démocratique qui tout en conservant ses formes traditionnelles, parlementaires, s'organise également en réseaux et confère une part essentielle à la conceptualisation, à l'intelligence... »<sup>34</sup> A la lumière de cette affirmation, il est possible de deviner l'embarras de la commission des finances, face à l'innovation apportée aux

---

<sup>34</sup> Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN et Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, 14<sup>e</sup> édition 2015-2016, LGDJ, lextensoéditions, p. 48.

principes budgétaires à travers la spécialité des crédits par programme.

*C. La spécialité des crédits par programme : une mutation des principes budgétaires*

Investie d'un rôle fondamental lors de l'examen préalable des projets de loi de finances, la commission des finances est également dotée d'une importante prérogative en cours d'exécution de cette loi appelée budget de l'Etat. Avec la contribution du président de la commission, du rapporteur général ou des rapporteurs spéciaux, elle veille à l'exécution des lois de finances et procède à l'évaluation de toutes questions subséquentes. Aussi, parvient-elle à résoudre les questions de contrôle par des règles ou principes budgétaires comme la spécialité budgétaire.

Classé au rang des quatre principes qui gouvernent la gestion des finances publiques, le principe de la spécialité vient d'être profondément rénové par la loi n° 013-28 qui dispose en son article 11 *in fine* que : « Les crédits sont spécialisés par programme ». Sous l'emprise de la loi n° 096-060 du 4 novembre 1996 les crédits budgétaires étaient spécialisés par chapitre et par ministère.

Ce qui est illustré par le professeur Salif Yonaba en ces termes : « ... Les crédits ouverts par la loi de finances sont affectés à un service ou à un ensemble de services ; ils sont spécialisés par chapitre... Dans la pratique, cette règle n'est pas évidemment appliquée dans toute sa rigueur, et le vote des crédits budgétaires s'écarte bien souvent de ce schéma théorique ; on peut dire que la règle connaît des limites qui sont tantôt globales, tantôt ponctuelles<sup>35</sup> ». En quoi peut-on justifier que la spécialisation des crédits par programme est une réforme bénéfique à la bonne gestion des finances publiques ?

---

<sup>35</sup> Salif YONABA, *Cours de Finances publiques (Eléments de droit budgétaire et de comptabilité publique)* Année 2015-2016. Université de Ouagadougou 2, p. 76.

1. *La spécialisation des crédits par programme, une opportunité de contrôle pour la commission des finances*

Le contrôle de l'action gouvernementale par la spécialité budgétaire, est une ancienne pratique de la fonction législative. Selon P. Boiteau<sup>36</sup>, on parle de la spécialité budgétaire « lorsque les représentants de la Nation ont voté telle dépense et non une autre pour une année individuelle, et que le gouvernement ne peut employer les fonds des diverses dépenses autrement que selon leur destination ». Dans le temps, la spécialité budgétaire a permis à la commission chargée des finances de gérer la répartition des crédits budgétaires par ministère et par chapitre. Ainsi, la spécialisation de l'autorisation budgétaire permet de préciser cette autorisation afin que chaque crédit ait une destination inscrite dans la loi de finances, et approuvée par le Parlement qui est seule habilité à le modifier.

Il convient de rappeler que cette règle de la spécialité a remplacé celle de l'abonnement qui procédait en une adoption globale du document budgétaire. Ce qui laissait la possibilité au gouvernement, de modifier la destination des crédits selon son propre choix sans revenir à une autre consultation des parlementaires. Ainsi, le professeur Gilbert Orsoni<sup>37</sup> estime qu'avec le principe de la spécialité, plus l'autorisation est détaillée, plus l'affectation des crédits est précise et définitive, plus approfondi sera le contrôle parlementaire, et limitées les marges de manœuvre gouvernementale. Mais la réforme visant à faire évoluer la gestion des finances de l'Etat, d'une logique de moyens à une logique de résultats, va renforcer le contrôle parlementaire.

Il est à préciser que l'application du principe de la spécialité aux finances de l'Etat, signifie que l'autorisation parlementaire en matière de dépenses publiques n'est pas globale, et peut se concevoir de plusieurs manières. Elle peut être matérielle, en réservant aux parlementaires le soin de définir la nature de la dépense autorisée (exemple la rémunération du personnel). Elle peut être basée sur une

---

<sup>36</sup> BOITEAU, cité par Irène BOUHADANA, *op. cit.*, p. 184.

<sup>37</sup> Gilbert ORSONI, *Science et législation financières. Budgets publics et lois de finances*. Economica, 2005, p. 262.

approche fonctionnelle en réservant la primauté à la finalité de la dépense (exemple la sécurité publique). Bien qu'il s'agisse d'un principe essentiellement politique, la réforme a surtout privilégié le principe de la spécialité des crédits par programme. La portée de cette réforme est précise : il s'agit de remplacer le contrôle par chapitre dans le budget de moyen par le suivi des résultats dans le budget-programmes. L'application de ce principe a consisté à substituer la nomenclature budgétaire fondée sur la destination des crédits, à la nomenclature actuelle fondée sur la nature de la dépense. En vue d'obtenir une nomenclature appropriée, le principe de la spécialité exige d'indiquer précisément le montant et la nature des opérations prévues par la loi de finances, au titre d'un programme.

Le programme est l'élément phare de la réforme, car il contribue à instituer la budgétisation des crédits par objectifs, en obligeant les gestionnaires et tous les autres responsables de politiques publiques à se passer des anciennes méthodes pour pratiquer exclusivement la nouvelle démarche visant la performance. Selon Alain Lambert<sup>38</sup> : « il s'agit d'une notion fondatrice, qui sera opposable au Parlement et au gouvernement, qui servira à la construction de la structure budgétaire. » Désormais, les crédits sont spécialisés par programme, qui du coup sera la nouvelle unité de spécialisation. La réforme a donc permis au législateur d'introduire une réelle rationalité dans la gestion du financement de l'action publique. Il s'agira donc d'associer le Parlement, à la création d'un programme et non au suivi d'un chapitre afin de mieux satisfaire aux exigences de diffusion de l'information et de l'organisation administrative.

Paradoxalement le pouvoir budgétaire du Parlement, jadis, amenuisé par le pouvoir de régulation du ministre des Finances n'échappe pas une fois de plus à la prégnance du pouvoir réglementaire financier du gouvernement<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Alain LAMBERT, sénateur de l'Orne, ancien ministre délégué au Budget et à la Réforme budgétaire.

<sup>39</sup> Loïc PHILIP, *Finances publiques*, 4<sup>e</sup> édition, Cujas Synthèse, 1992, p. 127 : « Le pouvoir réglementaire financier du Gouvernement... En matière fiscale, l'exécution de la loi de finances et des mesures réglementaires est assurée par voie d'instructions et de circulaires adressées aux services locaux de

2. *La régulation budgétaire<sup>40</sup> : une complicité passive de la fonction législative*

Les réformes d'harmonisation des finances publiques, entreprises au compte de l'« Etat dit stratège<sup>41</sup> », provoquent inéluctablement une réorganisation de toutes les institutions et personnes publiques<sup>42</sup> (administrations centrales, déconcentrées, décentralisées) afin de les imprimer la culture de performance. Alors, il devient impératif pour chaque secteur de l'administration publique d'ajuster les ressources qui lui sont allouées à partir des prélèvements obligatoires (surtout les ressources fiscales), avec les moyens requis pour la réalisation des missions.

---

l'administration... En matière budgétaire, l'exécution des décisions financières se trouve ainsi, placée sous la surveillance du ministre de l'Economie et de la Finances... ».

<sup>40</sup> Christine MAITRE, *La mise à disposition des crédits budgétaires*, LGDJ, 1989, p. 43 : « C'est pourquoi on peut voir, dans notre histoire budgétaire, une première période qui constitue pour le Parlement le moyen de développer son pouvoir au détriment du Gouvernement : elle témoigne de l'existence d'une « course-poursuite » engagée par un Parlement tout d'abord soucieux de descendre aussi loin que possible dans la nomenclature préexistante pour mieux contrôler l'action gouvernementale, puis ensuite de se maintenir au niveau le plus bas possible. »

<sup>41</sup> Philippe BEZES, « La genèse de « l'Etat stratège » ou l'influence croissante du New Public Management dans la réforme de l'Etat (1991-1997) », in *Réinventer l'Etat...* PUF 2009, p. 341. Voir aussi Marc LEROY et Gilbert ORSONI, *Le financement des politiques publiques : « L'Etat qualifié parfois de stratège du New Management Public... »*. Editions Bruylant, 2014, p. 3.

<sup>42</sup> Gilbert ORSONI, *Les Commissions des finances*. Compte rendu d'ouvrage : « En un temps où l'on vit de profondes évolutions dans les domaines budgétaire et comptable, où s'imposent les conceptions du « New Management Public », où à travers notamment la LOLF, ont changé les modes de présentation des crédits (du chapitre au programme, grâce notamment à la mise en place d'indicateurs où, d'un point de vue comptable est prise en compte la dimension patrimoniale des personnes publiques et mise en place une certification des comptes, il était judicieux de revenir aux origines de notre droit budgétaire et comptable. » *RFFP* 2011, n° 113-février 2011, LGDJ, p. 333.

Or on se rappelle que le budget de l'Etat n'est qu'un acte de prévision et d'autorisation ; et que l'élaboration d'une loi de finances initiale s'insère dans un processus ininterrompu. A cette occasion, les choix budgétaires résultent d'une chaîne de décisions complexes, soit à cause de leur effet sur le moyen terme en considération d'une programmation pluriannuelle, soit par l'entremise des différents jeux de : report de crédit, autorisations d'engagement, loi de finances rectificative, ou simplement régulation budgétaire. Ce qui justifie la nécessité de recourir à une autorité de régulation qui n'est rien d'autre que le ministre des Finances, conformément aux dispositions de l'article 66 de la loi n° 013-28.

En opposition à la spécialité, la régulation budgétaire est un mécanisme qui permet de réguler les choix budgétaires, d'assurer leur bon fonctionnement, c'est-à-dire leur exécution, suivant un rythme soutenable. Il s'agit d'un mécanisme consistant à adapter les autorisations de crédits aux circonstances nouvelles qui n'étaient point prévisibles au moment de l'élaboration de la loi de finances, ou le cas échéant de remédier à une erreur ou l'avènement d'un cas fortuit dans la prévision de la loi de finances initiale. A cette fin, le ministre des Finances fait recours, le plus souvent, à deux techniques de régulation : d'une part la technique des blocages ou « mises en réserve » comme les gels de crédits suivis d'annulations régulières permettant de financer d'éventuelles mesures nouvelles non prévues initialement ; d'autre part la technique des reports de crédits permettant de retarder l'utilisation desdits crédits par les services.

La régulation budgétaire a revêtu une nouvelle forme avec les réformes apportées à la gestion des finances publiques, notamment avec la loi organique française relative aux lois de finances. Elle est considérée comme le principal « outil de pilotage de l'exécution budgétaire<sup>43</sup> ». La méthode de la régulation budgétaire s'est stabilisée à la suite du changement, et consiste en la mise en réserve d'une partie

---

<sup>43</sup> Gilles CARREZ, « Rapport au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi organique, adopté avec modifications par le Sénat (1995), modifiant la loi organique n° 2001-692 relative aux lois de finances », *RAN*, n° 2377, 15 juin 2005, Douzième Législature, p. 20.

forfaitaire de crédits dès le début de l'exercice et qui débouche soit sur un déblocage de crédits ainsi gelés soit sur une annulation de ces derniers. Cette mise en réserve est appelée « réserve de précaution ». Ainsi, au cours de l'exercice budgétaire 2015 les services dépensiers régionaux émergeant au budget de l'Etat du Mali, ont impuissamment subi un gel de près de 25 % de leurs dotations budgétaires ; et cela semble se poursuivre en 2016. Dès lors, ils ne cessent de s'interroger sur le respect du principe de la sincérité budgétaire. Une telle nouvelle pratique de la régulation budgétaire a été vivement mise en cause par la doctrine qui a estimé qu'il s'agit d'une « indécence<sup>44</sup> » en violation de l'autorisation budgétaire accordée par le Parlement. Dans la pratique, elle intervient sans logique, et de manière occulte et complexe sur la base de l'unique pouvoir discrétionnaire et de régulation du ministre des Finances.

Que conclure ? Sinon que d'admettre, d'une part, l'importance du rôle de la fonction parlementaire dans la réforme de l'Etat, pour plus de performance dans la gestion d'un Etat qui se veut « intelligent ». D'autre part, il y a lieu de craindre les réformes tendant à sacrifier les règles du droit public fondées sur la satisfaction des besoins d'intérêt général au profit d'une gestion managériale comme dans l'entreprise privée attachée au profit.

---

<sup>44</sup> Ces propos du professeur G. Carcassonne, sur la régulation, sont des plus significatifs : « Lorsque je parle de dysfonctionnements spectaculaires, je veux notamment parler du parfait mépris, voire du cynisme stupéfiant avec lequel le Gouvernement pratique cet exercice que l'on appelle la régulation. Il a quelque chose de parfaitement indécent, non seulement à ce que, l'encre de la loi de finances étant à peine sèche, elle soit déjà substantiellement modifiée, mais aussi à ce que, en cours d'année, des sommes extrêmement significatives se promènent à travers des virements, des transferts, des décrets d'avance ou des annulations. Il existe une disproportion frappante entre le débat budgétaire, à l'occasion duquel peuvent se nouer des conflits politiques, des débats très vifs sur l'affectation de un, deux ou trois milliards de francs, et le fait que plus tard dans l'année, un trait de plume et deux signatures permettront de déplacer cinq, dix ou vingt milliards de francs au titre de la régulation budgétaire », in L. FABIOUS et D. MIGAUD, « Rapport du groupe de travail sur l'efficacité de la dépense publique et le contrôle parlementaire », *RIAN* 3/99, Onzième législature, tome 2 : Auditions, p. 38.

Enfin, bien que cela soit occulté pour l'instant, il est inquiétant de voir une quelconque collaboration sincère entre les fonctions législative et judiciaire. Nonobstant l'existence d'un cadre normatif de coopération entre la commission des finances et la section des comptes de la Cour suprême, faisant office de Cour des comptes au Mali, il semble illusoire d'élargir l'ingérence de la fonction législative en ce domaine. Surtout que la fonction juridictionnelle semble être bâtie sur la parfaite maîtrise de la science juridique, sous l'éclairage savant de la doctrine et de la jurisprudence ; ce qui n'est pas le cas de la fonction parlementaire, généralement réputée avoir tendance à mépriser souvent les principes techniques au profit des considérations de politiques publiques. Les difficultés rencontrées récemment dans l'effectivité<sup>45</sup> de la mise en place et du fonctionnement de la Haute cour de justice au Mali, ne sont-elles pas édifiantes en la matière ? D'ailleurs, l'exercice fantaisiste de la fonction juridictionnelle par le Parlement au nom du changement n'équivaudrait-il pas à une aliénation du principe de la séparation des pouvoirs, sinon un danger réel préjudiciable à toute bonne gouvernance ?

---

<sup>45</sup> La Haute cour de justice a été mentionnée dans toutes les constitutions du Mali, sans jamais exister. Récemment, pour la première fois en 2015, elle fut créée officiellement avec la désignation d'un président, et son équipe et tous les agents administratifs requis au fonctionnement de cette institution parlementaire à vocation juridictionnelle. Malheureusement la Haute cour a été paralysée dans son fonctionnement suite à son incapacité à traiter le premier dossier qu'il devait traiter, à savoir l'inculpation de l'ancien chef d'Etat Amadou Toumani Touré « ATT » pour haute trahison. La raison est que les magistrats ont refusé d'appuyer le Parlement dans l'instruction du dossier pour le motif qu'il s'agit d'une question qui ne saurait être traitée que dans le ressort des institutions judiciaires.

- III -

**SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES**



**LES POUVOIRS DU CHEF DE L'ETAT DU MALI  
DE 1960 A 1990**

**Dr Issouf TOURE,**  
*enseignant chercheur à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

Depuis les grands empires en passant par les royaumes jusqu'aux Etats indépendants modernes d'Afrique, les attributions du chef ont toujours fait l'objet de tension et de convoitises. Aujourd'hui, en Afrique, parmi les institutions constitutionnelles, l'institution « président de la République » est la plus controversée et la plus enviée : « l'institution demeure centrale et convoitée en Afrique francophone »<sup>1</sup>. Le chef de l'Etat est l'incarnation de la nation « dans la mesure où la nation reste un projet fragile, elle a besoin de s'incarner dans un homme qui lui donne en quelque sorte son identité<sup>2</sup> ». Le chef de l'Etat est souvent considéré comme le père de la nation avec une grande concentration de pouvoirs entre ses mains. La place du chef de l'Etat à travers les pouvoirs qu'il détient de la Constitution, a toujours permis d'avoir une idée du régime politique dans un Etat. Les pouvoirs du chef de l'Etat ont donc une importance certaine dans la détermination du régime politique malien et dans l'histoire constitutionnelle et institutionnelle du pays.

---

<sup>1</sup> Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 335.

<sup>2</sup> Gérard CONAC, « Portrait du chef d'Etat », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 121.

Le Mali a connu deux Républiques de 1960 à 1991 entrecoupées d'un régime d'exception<sup>3</sup>. Le régime<sup>4</sup> politique de la première République est le régime parlementaire avec un exécutif moniste<sup>5</sup>, le chef de l'Etat est élu par le Parlement. Modibo Keita a occupé la fonction de chef de l'Etat durant toute la première République. Il est renversé le 19 novembre 1968 par un coup d'Etat militaire. L'armée prend le pouvoir par l'intermédiaire du Comité militaire de libération nationale avec à sa tête Moussa Traoré. La Constitution du 22 septembre 1960 est remplacée par l'ordonnance n° 1 du 28 novembre 1968 portant organisation des pouvoirs publics en République du Mali. Pour assurer le retour à une vie constitutionnelle normale le C.M.L.N. entreprend l'élaboration d'une nouvelle Constitution. Le 2 juin 1974 la Constitution de la République est adoptée par référendum, le premier du Mali indépendant. Le régime politique de la deuxième est un régime d'Etat-Parti. En 1979 Moussa Traoré est élu président de la République<sup>6</sup>.

Selon le lexique des termes juridiques : « le pouvoir est une prérogative permettant à une personne de gouverner une autre personne publique ou privée (mandats politiques, autorité parentale) »<sup>7</sup>. Pour Georges Burdeau : « pouvoir et société naissent ensemble, il n'y a donc pas lieu de les opposer comme un aspect de l'antithèse liberté-autorité. Le pouvoir est une condition de l'ordre et la liberté n'est possible que dans l'ordre. C'est pourquoi le pouvoir est le phénomène social par excellence, puisque d'une part, il ne se

---

<sup>3</sup> Le régime d'exception ou encore le régime militaire a duré de 1968 à 1974 jusqu'à l'adoption de la Constitution de 1974 ; pendant ce régime la Constitution de 1960 était suspendue et les militaires gouvernaient par ordonnance.

<sup>4</sup> La nouvelle Constitution, la première du Mali indépendant, est adoptée à l'unanimité le 22 septembre 1960 ; elle est promulguée par le décret n°60 P.G.R.M. du 28 septembre 1960.

<sup>5</sup> Dans la Constitution de la première République le chef de l'Etat est aussi le président du gouvernement.

<sup>6</sup> Voir Alpha Oumar KONARE, *Les Constitutions du Mali*, publié avec le concours du ministère des Relations extérieures, Coopération et Développement, 325 pages.

<sup>7</sup> *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd, 2015-2016, p. 792.

conçoit pas en dehors de la société et que, d'autre part, sans un pouvoir régissant, une société est un corps inerte proche de son déclin »<sup>8</sup>. Alors que pour André Hauriou, le pouvoir est la force de la volonté qui caractérise ceux qui sont chargés de juger un ensemble de personnes, ce qui leur permet de s'imposer grâce au double effet de la force et de la compétence<sup>9</sup>. Cette force et cette compétence découlent des structures et des mécanismes qui servent à organiser et à encadrer l'exercice du pouvoir et les luttes que sa conquête, son contrôle, sa défense suscitent<sup>10</sup>.

Le concept « chef de l'Etat », quant à lui, malgré ce que l'on pourrait croire n'est pas récent en Afrique dans la mesure où les grands empires et les royaumes ont précédé la colonisation et les Etats indépendants africains. Le mot chef découle du latin *caput*, qui veut dire tête. Il désigne celui qui « exerce l'autorité sur un groupe, une collectivité, une organisation ; celui qui en assure la direction »<sup>11</sup>. La chefferie<sup>12</sup> a existé en Afrique bien avant l'arrivée du colonisateur. D'ailleurs, elle continue d'exister sur le continent. Elle est une institution dynamique et régulatrice des sociétés traditionnelles. Le titre de chef de l'Etat<sup>13</sup> indique le plus haut responsable dans un Etat : « Ce titre de chef de l'Etat est apparu dans les monarchies constitutionnelles, à une époque où le roi avait une situation prééminente dans l'Etat, et qui a subsisté, alors même que se sont amenuisées (jusqu'à l'effacement dans certains régimes) les fonctions correspondantes. Le chef de l'Etat peut être héréditaire (roi) ou élu

---

<sup>8</sup> Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Bordeaux, Delmas, 19<sup>ème</sup> édition, 1980, p. 13.

<sup>9</sup> André HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ariel, 2<sup>ème</sup> éd., 1980, p. 106.

<sup>10</sup> Philippe ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 2.

<sup>11</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p. 132.

<sup>12</sup> Catherine COCQUERY-VIDROVITCH, « A propos des racines historiques du pouvoir : "Chefferie" et "Tribalisme" », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 51-62.

<sup>13</sup> Olivier DUHAMEL et Yves MENY (sous la direction de), « Chef d'Etat, chef de l'Etat », in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 123-124.

(président de la République), individuel ou collégial (directoire, présidium) »<sup>14</sup>. Quel que soit son mode désignation, le chef de l'Etat est détenteur d'un certain nombre de pouvoirs.

Des écrits concernant notre présent sujet ne manquent pas. Plusieurs auteurs ont élaboré des théories sur les fonctions et objectifs du pouvoir. Si, pour Bertrand de Jouvenel l'objectif premier du pouvoir est le commandement<sup>15</sup>, Georges Balandier, lui, présente le pouvoir comme un moyen de régulation de la société<sup>16</sup>; alors que Maurice Hauriou, le voit comme un instrument de sécrétion du droit et de l'ordre<sup>17</sup>.

Dans un Etat, le chef de l'Etat détient d'un important pouvoir constitutionnel, il est le premier chargé de mettre en œuvre le pouvoir. Dans son essai, Maurice Kamto affirme qu'en Afrique, le chef de l'Etat exerce une fonction sacrée<sup>18</sup> et pense comme Gérard Conac que le chef de l'Etat est l'incarnation de la nation<sup>19</sup>. Pour sa part, Guy Carcassonne qualifie le chef de l'Etat de monarque républicain au vu de ses pouvoirs, constitutionnels et non constitutionnels<sup>20</sup>. Cette qualification de Guy Carcassonne concerne, évidemment, les différents chefs de l'Etat malien.

Au Mali, les pouvoirs des chefs de l'Etat des deux premières Républiques ont toujours fait l'objet de beaucoup de spéculations avec des expressions comme « super président », « un hyper président »... Il nous paraît donc intéressant d'analyser les pouvoirs du chef de

---

<sup>14</sup> *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, p. 176.

<sup>15</sup> Bertrand DE JOUVENEL, *De la souveraineté. A la recherche du bien politique*, édition M. Th. Genin, Paris, 1955, p. 99.

<sup>16</sup> Georges BALANDIER, *Anthropologie politique*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1978, p. 43.

<sup>17</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 253.

<sup>18</sup> Maurice KAMTO, « Essai sur les fondements du constitutionalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Pouvoir et droit en Afrique noire*, Tome XLIII, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987, p. 430.

<sup>19</sup> Gérard CONAC, « Portrait du chef d'Etat », *op. cit.*, p. 121.

<sup>20</sup> Guy CARCASSONNE, « Pouvoirs présidentiels », in *Le Point*, n° 1179, du 22 avril 1995, p. 34.

l'Etat le « pivot des institutions »<sup>21</sup>, afin de pouvoir jauger les pouvoirs constitutionnels réels et pratiques du chef de l'Etat de 1960 à 1990. Cette période de trente ans nous semble suffisante pour rendre compte des réalités de ces deux Républiques, et elle correspond quasiment à la durée de l'existence des deux premières Républiques. Il faut, juste, rappeler que la Constitution de la deuxième République est restée en vigueur jusqu'en mars 1991.

Il serait, donc, judicieux d'opter pour une méthodologie systémique dans une perspective comparative des pouvoirs du chef de l'Etat sous les deux premières Républiques. La question simple qui nous vient à l'esprit, est celle de savoir : quels sont les pouvoirs du chef de l'Etat du Mali de 1960 à 1990 ? Quelle comparaison peut-il être faite des pouvoirs du chef de l'Etat sous les deux premières Républiques ?

D'emblée, nous pouvons dire que le chef de l'Etat malien de 1960 à 1990 est détenteur de pouvoirs considérables dans les Constitutions et aussi, à travers la dénaturalisation ou altération de ces Constitutions. Force est de constater que la place prééminente du chef de l'Etat dans les systèmes politiques maliens fait qu'il bénéficie de pouvoirs constitutionnels importants sous la première et la deuxième République (I) ; et dans la pratique constitutionnelle ses pouvoirs sont presque totalitaires (II).

### **I. Les pouvoirs constitutionnels importants du chef de l'Etat sous la I<sup>e</sup> et la II<sup>e</sup> République**

Selon Maurice Kamto, le chef de l'Etat s'identifie à l'Etat grâce à la « Constitution qui organise son omnipotence et sa solitude juridique. En effet, les Constitutions des Etats considérés font du président de la République, chef de l'Etat, un pouvoir attractif qui absorbe toutes les fonctions de l'Etat au point que son statut tend à s'identifier avec celui

---

<sup>21</sup> Bernard SAINT-GIRONS, « Les acteurs : Fonction présidentielle et transition démocratique », in Henry ROUSSILLON (sous la direction de), *Les nouvelles Constitutions africaines : la transition démocratique*, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 1995, p. 31-36, p. 32.

de l'Etat lui-même<sup>22</sup> » En effet, au Mali les Constitutions du 22 septembre 1960 et du 2 juin 1974 font la part belle au chef de l'Etat, en ce sens qu'il est titulaire de pouvoirs considérables en tant que colonne vertébrale de l'Etat. Ainsi, le chef de l'Etat détient d'importants pouvoirs en matière normative et en matière d'exécution et de continuité de l'Etat.

#### ***A. Des pouvoirs normatifs semblables sous les deux Républiques***

Les pouvoirs normatifs du chef de l'Etat sont de deux ordres : des pouvoirs dans le domaine législatif et des pouvoirs dans le domaine réglementaire.

##### *1. Des pouvoirs classiques en matière législative*

Le chef de l'Etat de 1960 à 1990 a des pouvoirs classiques dans le domaine législatif notamment l'initiative des lois, du référendum et de la promulgation. Le chef de l'Etat malien a l'initiative des lois dans la première et dans la deuxième République. Le pouvoir législatif du chef de l'Etat est fondé sur les articles 11 de la Constitution du 22 septembre 1960 et l'article 29 de la Constitution de du 2 juin 1974 en des termes identiques en stipulant que le chef de l'Etat a l'initiative des lois concurremment avec l'Assemblée nationale<sup>23</sup>. Dans la pratique quotidienne, la plupart pour ne pas dire la quasi-totalité des initiatives de lois émanent du chef de l'Etat. Ainsi, l'Assemblée nationale qui est en concurrence avec le chef de l'Etat en matière d'initiative des lois reste le plus souvent passive.

En plus d'avoir l'initiative des lois, le chef de l'Etat de la deuxième République a l'initiative des lois référendaires contrairement au chef

---

<sup>22</sup> Maurice KAMTO, « Essai sur les fondements du constitutionalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Pouvoir et droit en Afrique noire*, op. cit., p. 434.

<sup>23</sup> Article 11 de la Constitution du 22 septembre 1960 qui donne une compétence normative au chef de l'Etat en ces termes : « il (chef de l'Etat) a l'initiative des lois concurremment avec les membres de l'assemblée nationale. Il exerce le pouvoir réglementaire. » Et article 29 de la Constitution de 1974 : « Le président de la République conduit la politique de l'Etat. Il a, concurremment avec l'assemblée nationale, l'initiative des lois. »

de l'Etat de la première République. Ainsi, il ressort de l'article 37 de la Constitution de 1974 que le chef de l'Etat, « après avis de l'Assemblée nationale, peut soumettre au référendum tout projet de loi qui lui paraît nécessiter la consultation directe du peuple... ». Cet article donne au chef de l'Etat la possibilité de consulter le corps électoral par voie de référendum. Cette possibilité pourrait être considérée comme une application de la démocratie semi-directe<sup>24</sup>. L'idée traditionnelle étant que le pouvoir est d'essence populaire, le référendum doit être, sur cette base, considéré comme une procédure démocratique.

Dans la mise en œuvre des pouvoirs de l'article 37 il n'y a pas de domaine précis dans lequel peut intervenir le référendum : « peut soumettre au référendum tout projet de loi qui lui paraît nécessiter la consultation directe du peuple ». Il n'y a donc pas de limitation du domaine d'intervention du référendum contrairement, par exemple, à la France<sup>25</sup>.

L'article 37 stipule seulement, que le chef de l'Etat « peut soumettre au référendum tout projet de loi », sans préciser l'origine du projet de texte. Il pourrait donc émaner de l'exécutif ou du législatif. Ce qui importe, ce n'est pas en fait de savoir qui a proposé le projet de texte mais la décision du chef de l'Etat de le soumettre directement au corps électoral. L'initiative du référendum incombe au seul chef de l'Etat dans la Constitution de 1974. Ce pouvoir d'initiative du recours au référendum ou de soumission au référendum n'est pas contrôlé par l'Assemblée nationale. Le chef de l'Etat n'a pas de comptes à rendre à l'institution parlementaire sur ce point.

La condition de forme véritable prévue par l'article 37 est l'obligation pour le chef de l'Etat de requérir l'avis de l'Assemblée nationale avant toute consultation populaire. Ce n'est donc qu'après

---

<sup>24</sup> Maurice DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Presses universitaires de France 1965, p. 226.

<sup>25</sup> L'article 11 de la Constitution française de 1958 en même temps qu'il donne pouvoir de référendum au chef de l'Etat indique les conditions de fond sans lesquelles il ne saurait avoir régularité.

l'avis de l'Assemblée nationale, que le chef de l'Etat peut envisager le référendum. Mais bien que condition préalable de la mise en œuvre du référendum, l'avis de l'Assemblée nationale ne lie pas le chef de l'Etat, c'est-à-dire que le chef de l'Etat n'est pas obligé d'agir en fonction de l'avis émis par l'Assemblée nationale.

En matière de promulgation<sup>26</sup> des lois, le chef de l'Etat, sous les deux premières Républiques, a les mêmes pouvoirs. Les Constitutions du Mali attribuent au chef de l'Etat le pouvoir de promulguer les lois et c'est devenu une constante dans la République. La promulgation<sup>27</sup> est une procédure légale qui permet de donner à la loi adoptée, selon les mesures constitutionnelles en vigueur, sa force contraignante. Ce qui met la promulgation dans le prolongement du travail législatif<sup>28</sup>. Théoriquement ce pouvoir est aussi une obligation. Une fois la loi votée, le chef de l'Etat est tenu de la promulguer dans un délai déterminé : dans les Constitutions de 1960 et de 1974 ce délai est de quinze jours en principe. Exceptionnellement, en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée nationale ce délai peut être réduit à trois jours dans la Constitution de 1960 et huit jours dans la Constitution de 1974.

Mais le chef de l'Etat n'est pas désarmé devant une loi qui ne lui plaît pas ou dont certaines dispositions ne lui conviennent pas. Avant l'expiration du délai de promulgation, il a le droit de demander et d'obtenir une seconde délibération de la loi. Selon la Constitution du 22 septembre 1960, au cas où l'Assemblée maintiendrait son vote, le gouvernement peut poser la question de confiance sur la politique générale. Si la confiance est accordée, le projet du gouvernement

---

<sup>26</sup> Voir Félix S. ACKA, « La promulgation de la loi en Afrique noire francophone (Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Sénégal) », *Revue EDJA*, n° 49, avril-mai-juin 2001, p. 31 et s.

<sup>27</sup> Voir Edouard SAUVIGNON, « La promulgation des lois. Réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *Revue de droit public*, LGDJ, n° 4, 1981, p. 1003-1004. Pierre AVRIL, *Le régime de la V<sup>ème</sup> République* : Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 26.

<sup>28</sup> Selon Léon DUGUIT, la promulgation est un travail législatif complémentaire du droit, car le texte qui n'est pas promulgué n'est pas contraignant pour l'administration et les citoyens.

assorti des amendements consentis prend force de loi. Alors que dans la Constitution du 2 juin 1974 par l'intermédiaire de son article 36, si après une deuxième lecture, l'Assemblée nationale vote le texte à la majorité des deux tiers de ses membres, la loi est promulguée. En exigeant une majorité qualifiée à la seconde délibération, le constituant favorise le chef de l'Etat qui a ainsi des chances d'avoir gain de cause, la loi pouvant être sensiblement modifiée ou rejetée.

Pratiquement, sous les deux premières Républiques, le chef de l'Etat n'a pas eu besoin de recourir à une seconde délibération des lois, aux droits et avantages s'y attachant dans la mesure où les lois sont généralement conçues sous ses ordres par des collaborateurs et aussi par le fait que l'Assemblée nationale lui est fidèle et quasiment passive en matière d'initiative des lois. Enfin, il faut signaler que sur le plan international, c'est aussi le chef de l'Etat qui signe et ratifie les traités<sup>29</sup>.

Au total, la prééminence du chef de l'Etat en matière législative est réelle, il relègue au second plan l'Assemblée nationale. A côté de ses pouvoirs législatifs, le chef de l'Etat a aussi des pouvoirs non moins importants dans le domaine réglementaire.

#### *2. Des pouvoirs classiques en matière réglementaire*

Le chef de l'Etat a exactement les mêmes pouvoirs en matière réglementaire dans les deux premières Républiques du Mali.

En matière d'ordonnance, selon les articles 28 et 53 des Constitutions de 1960 et de 1974 le chef de l'Etat peut, pour l'exécution de son programme, demander à l'Assemblée nationale par une loi, l'autorisation de prendre par ordonnance pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ces ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis de la Cour suprême. L'ordonnance serait ici, pour nous résumer, un acte pris par le chef de l'Etat avec l'autorisation de l'Assemblée nationale, dans les matières qui sont normalement du domaine de la loi.

---

<sup>29</sup> Voir alinéa 6 de l'article 9 de la Constitution du 22 septembre 1960 et l'article 30 de Constitution de 1974.

Le chef de l'Etat a l'obligation de prendre les ordonnances en conseil des ministres mais en réalité, ce n'est qu'une obligation formelle. Seul maître de l'exécutif, il y a lieu de penser que le conseil qu'il préside ne pourrait qu'enregistrer ses volontés. La délibération obligatoire en conseil des ministres ne saurait être pratiquement défavorable à l'acte qu'il compte adopter. Quant à l'avis de la Cour suprême, il ne lie aucunement le chef de l'Etat dans la mise en œuvre de l'ordonnance.

L'ordonnance rentre en vigueur dès sa publication mais devient caduque si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. La ratification par l'Assemblée nationale demeure une condition nécessaire pour la survie de l'ordonnance du chef de l'Etat. Sur le plan théorique la soumission de l'ordonnance à une ratification ultérieure de l'Assemblée nationale peut être considérée comme un contrôle *a posteriori*.

L'Assemblée nationale autorise l'exécutif à légiférer exceptionnellement dans un domaine réservé à la loi, mais peut par la suite approuver ou désapprouver la mesure prise : elle ratifie ou pas. L'intervention parlementaire par la ratification tient au principe que la loi est faite par le législateur et qu'elle ne saurait lui échapper totalement.

Dans cette logique, il y a lieu de penser que jusqu'à sa ratification, l'ordonnance garde un caractère réglementaire et peut être, de ce fait, attaquée comme tout acte réglementaire devant les tribunaux administratifs par le recours pour excès de pouvoir. Il faut signaler que le refus de l'Assemblée nationale de ratifier l'ordonnance la rend caduque, mais une fois ratifiée, l'ordonnance acquiert la valeur d'une loi. Sur le plan pratique, le chef de l'Etat ne se fait pas beaucoup de soucis pour la ratification de ses ordonnances, l'Assemblée lui étant presque tout le temps favorable.

En plus des ordonnances, le chef de l'Etat est le détenteur d'autres importants pouvoirs réglementaires. Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat n'est pas indissociable du fondement constitutionnel du pouvoir administratif qui est le droit de

l'organisation de l'activité de l'administration en tant que puissance publique ou exerçant une mission de service public.

C'est la Constitution qui institue le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat, et est donc la base juridique originaire du pouvoir réglementaire. Par exemple l'article 11 de la Constitution du 22 septembre 1960 est la source du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat de la première République : « il a l'initiative des lois concurremment avec les membres de l'assemblée nationale. Il exerce le pouvoir réglementaire. »

Le pouvoir réglementaire, c'est le pouvoir d'édicter des règlements, les règlements étant des actes à portée générale et impersonnelle édictés par les autorités exécutives compétentes. Au Mali sous les deux premières Républiques, le pouvoir réglementaire général est de la compétence du chef de l'Etat, il est le chef suprême de l'exécutif.

Le pouvoir réglementaire s'il suppose des autorités compétentes suppose aussi un domaine. Ce domaine réglementaire est prévu par les articles 27 et 52 des Constitutions de 1960 et de 1974 en des termes identiques : « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Les matières du domaine de la loi étant énumérées aux articles 24 et 49 des Constitutions de 1960 et de 1974, le domaine du règlement se retrouve finalement assez vaste. Le pouvoir réglementaire du chef de l'Etat est donc très important par son étendue.

Tout comme en France, le chef de l'Etat sous les deux premières Républiques signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres. Pendant qu'en France la Constitution opère une distinction à l'intérieur du pouvoir réglementaire : « alors que tous les décrets réglementaires étaient signés sous la III<sup>ème</sup> République par le chef de l'Etat, sous la IV<sup>ème</sup> République par le chef du gouvernement, le pouvoir réglementaire est désormais partagé : le président de la République signe les décrets qui, en raison de leur importance sont délibérés en conseil des ministres, et le premier ministre les autres<sup>30</sup>. »

---

<sup>30</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Sirey Université, 23<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 444.

Au Mali, cette distinction n'existe nulle part dans les Constitutions de 1960 et 1974, le chef de l'Etat est le détenteur principal du réglementaire au sein de l'exécutif. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs réglementaires aux ministres.

Au final, pour ce qui concerne le domaine d'intervention du chef de l'Etat, nous pouvons dire qu'il est vaste et même susceptible d'extension. Il porte sur le pouvoir réglementaire autonome qui concerne toutes les matières qui ne sont pas réservées à la loi. Il est extensible car l'exécutif peut, sur habilitation du législateur, prendre par ordonnances, des mesures dans les matières relevant normalement de la loi. Tout comme dans le domaine normatif, le chef de l'Etat a aussi des pouvoirs considérables en matière de sauvegarde de la continuité de l'Etat et du fonctionnement de l'administration publique.

### *B. Des pouvoirs d'exécution évolutifs de la I<sup>ère</sup> à la II<sup>ème</sup> République*

Ici, nous nous intéresserons aux pouvoirs de crise du chef de l'Etat, qu'il met en œuvre lorsque la sécurité et la défense de la nation sont en jeu. Et aussi, aux pouvoirs de nomination qu'il a pour le bon fonctionnement de l'administration étatique.

#### *1. Les pouvoirs exceptionnels, une nouveauté de la II<sup>ème</sup> République*

Les pouvoirs exceptionnels apparaissent en France pour la première fois dans la Constitution de 1958 à son article 16. L'idée qui inspire cet article 16 trouve son origine dans l'institution romaine de la dictature : « lorsque la République était menacée dans son existence, le sénat invitait les consuls à désigner un dictateur investi pour six mois de la totalité du pouvoir. Féru de culture classique, le général De Gaulle<sup>31</sup> tenait essentiellement à cette idée<sup>32</sup> ».

---

<sup>31</sup> Inspiré par des circonstances dont l'histoire française garde une trace indélébile, c'est-à-dire l'impossibilité d'une réaction adéquate et rapide de l'exécutif face à l'invasion des Allemands en 1940 ; et le général De Gaulle évoque justement les événements de juin 1940 pour justifier les pouvoirs exceptionnels : Albert Lebrun, le dernier président de la III<sup>ème</sup> République lui aurait dit après la libération que lui-même était hostile à l'armistice et prêt à

La Constitution de 1974 imite celle de la France de 1958 en instituant pour la première fois de son histoire constitutionnelle des pouvoirs exceptionnels au profit du chef de l'Etat en cas de crise. Cette reconnaissance de pouvoirs exceptionnels au chef de l'Etat pourrait être dictée par l'existence de tensions frontalières entre le Mali et son voisin du Burkina Faso<sup>33</sup>.

L'article 16 de la Constitution française de 1958 et l'article 32 de la Constitution de 1974 aménagent pour le chef de l'Etat des pouvoirs exceptionnels pour la défense de l'Etat. Comme en témoigne l'article 32 de la Constitution de 1974 qui stipule que « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de l'Etat, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend, après délibération du conseil des ministres et consultation des présidents de l'assemblée nationale et de la Cour suprême, les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances. Il en informe la nation par un message. L'assemblée nationale se réunit de plein droit et ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. »

Ce droit constitutionnel d'exception doit être justifié par la nécessité de défendre l'Etat dans son existence.

Au regard des dispositions constitutionnelles, le chef de l'Etat ne peut exercer ces pouvoirs que sous certaines conditions. Mais, dans la

---

poursuivre la lutte à partir de l'Afrique du nord, mais qu'il n'avait pas eu l'autorité suffisante pour imposer ses vues. La situation de crise que connaissait la France au moment de l'adoption de la Constitution de 1958 (guerre d'Algérie) est un autre élément d'explication. De fait, l'article 16 n'a été appliqué qu'une seule fois en 1961, à la suite de la tentative de putsch militaire survenue à Alger. Voir Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 448.

<sup>32</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 448.

<sup>33</sup> Depuis 1974, le Mali et le Burkina Faso se disputent la possession de la bande d'Agacher, longue de 160 kilomètres et large de 20 kilomètres, qui a la réputation d'être riche en minerais. Des combats aériens et terrestres ont lieu du 25 au 30 décembre 1985.

réalité, celles-ci sont plus formelles que contraignantes. La première condition est l'existence même des circonstances exceptionnelles. Le chef de l'Etat ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs de crise que lorsque « les institutions de la République, l'indépendance de l'Etat, l'intégrité du territoire ou l'exécution des engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate » et d'interruption du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels ».

Ici, il est intéressant de noter que la formulation « menace grave et immédiate » ne semble pas être d'une grande clarté. En effet, la Constitution de 1974 ne cite pas les faits pouvant mettre en péril l'Etat, même si, d'emblée on pourrait penser aux attaques du pays par une armée étrangère, un coup d'Etat, une rébellion armée dans le pays etc. Nous pensons que le manque de clarté de l'article 32 de la Constitution de 1974 est volontaire, dans la mesure où il est très difficile d'énumérer tous les faits qui pourraient menacer la République.

Quant à la deuxième condition concernant le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu », elle n'est pas plus claire que la première car l'interprétation de l'expression « fonctionnement régulier » n'est pas du tout aisée. Le « fonctionnement régulier » peut être, par exemple, pour ces institutions, le fait d'exercer effectivement leur mission, dans la sécurité, dans la liberté... Il faut entendre par « pouvoirs publics constitutionnels » toutes les institutions prévues par la Constitution. Donc, il suffit qu'il ait un empêchement pour les institutions de la République de fonctionner normalement pour que le chef de l'Etat soit en droit d'user de ses pouvoirs exceptionnels.

Il faut en réalité, signaler que ces conditions ne sont qu'un trompe-l'œil dans la mesure où le chef de l'Etat est le seul à apprécier dans les faits l'existence des circonstances exceptionnelles et le choix des mesures à y apporter. Il est normal au vu de certains de ses devoirs et obligations, comme celui de protéger l'intégrité du territoire, de garantir l'indépendance<sup>34</sup> et de respecter les engagements

---

<sup>34</sup> Voir Isabelle RICHIR, « Le chef de l'Etat et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution », *RDP*, n° 4, 1999, p. 1047-1067.

internationaux, que le chef de l'Etat soit le détenteur de ces pouvoirs exceptionnels pour lui permettre de bien mener ses missions.

A côté de ces conditions de fond, il y a une condition de forme que le chef de l'Etat de la deuxième République doit respecter pour pouvoir user de ses pouvoirs exceptionnels dans le cadre de la Constitution. Selon l'article 32 toujours : « le chef de l'Etat prend, après délibération en conseil des ministres et consultation des présidents de l'Assemblée nationale et de la Cour suprême, les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances. » Alors, il faut nécessairement une délibération en conseil des ministres et la consultation du président de l'Assemblée nationale et de celui de la Cour suprême pour que la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels soit régulière.

Ces consultations n'ont aucune valeur juridique. Ce ne sont que des avis, conseils ou témoignages que le chef de l'Etat n'est absolument pas tenu de suivre. Leur seul effet pourrait être de retarder la décision présidentielle et non de l'empêcher. Le chef de l'Etat peut informer la nation discrétionnairement avant ou après la mise en œuvre de ses pouvoirs de crise. Mais, en pratique, l'urgence et la sagesse commandent que l'on agisse d'abord et que l'on ne parle qu'ensuite.

Quant au contenu et à l'étendue des pouvoirs de crise, ils constituent en fait l'élément le plus inquiétant. Les termes utilisés par la Constitution sont vagues et imprécis : le chef de l'Etat prend « les mesures exigées par les circonstances ». Autrement dit, ce sont les circonstances qui déterminent les mesures. En clair, le chef de l'Etat peut exercer les pouvoirs d'un dictateur, puisqu'il peut prendre toutes les mesures qui s'imposent. Contrairement en France, la Constitution de 1974 ne prévoit aucun cadrage dans le choix des mesures à prendre. En effet, en France les mesures de l'article 16 doivent être : « Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet. »

Les pouvoirs de crise du chef de l'Etat revêtent ainsi un caractère dangereux puisqu'ils permettent l'établissement d'une véritable

dictature, en particulier du fait que le contrôle sur les actes présidentiels reste beaucoup trop limité, notamment dans le temps. Le chef de l'Etat prend les mesures exceptionnelles exigées par les circonstances. Le caractère vague et imprécis de cette disposition conduit à penser que le pouvoir du chef de l'Etat couvre ici toutes les matières. C'est en ce sens un pouvoir très étendu.

L'article 32 par les pouvoirs qu'il prévoit est très important et même inquiétant dans la mesure où il érige le chef de l'Etat en dictateur temporaire dès lors qu'il en use. Pendant toute la durée des circonstances exceptionnelles, les pouvoirs du chef de l'Etat sont très étendus et surtout couvrent aussi le domaine législatif. Le chef de l'Etat peut en effet prendre toutes les mesures nécessaires au rétablissement d'une situation normale. L'article 32 n'a jamais été mis en œuvre sous la deuxième République, malgré le conflit qui a opposé le Mali au Burkina et les différentes rébellions au nord du pays.

Contrairement aux pouvoirs exceptionnels qui sont apparus sous la deuxième République, les pouvoirs traditionnels de crise ont existé sous toutes les Républiques du Mali. Il s'agit de l'état de siège et l'état d'urgence. Le chef de l'Etat peut décréter l'état de siège et l'état d'urgence en conseil des ministres<sup>35</sup>. Tout comme les pouvoirs exceptionnels, l'état d'urgence et l'état de siège permettent au chef de l'Etat s'assurer la sécurité et la défense du pays. En cas de mise en œuvre, l'état d'urgence renforce les pouvoirs des forces de l'ordre et l'état de siège le transfert des pouvoirs de police à l'autorité militaire. Ces deux mesures sont restrictives des libertés individuelles.

Enfin, nous constatons que le chef de l'Etat de 1960 à 1990 bénéficie d'importants pouvoirs de crise qui lui permettent au gré des circonstances d'instaurer une véritable dictature constitutionnelle. Le chef de l'Etat a, en plus des pouvoirs exceptionnels, des pouvoirs élargis en matière de nomination.

---

<sup>35</sup> Par exemple l'article 33 de la Constitution de 1974 prévoit que « Le président de la République peut également décréter l'état de siège et l'état d'urgence en conseil des ministres dans les conditions prévues à l'article 50 ci-après. »

2. *Des pouvoirs similaires en matière de nomination*

Le pouvoir de nomination constitue l'une des prérogatives importantes du chef de l'Etat, c'est « l'art de mettre les hommes à leur place<sup>36</sup> ». Ce pouvoir de nomination concerne tous les domaines de l'action étatique : diplomatie, justice, armée etc. Il est essentiel dans la vie d'un Etat parce qu'il permet d'attribuer les ressources humaines qui assurent le fonctionnement de l'administration étatique. Sous les deux premières Républiques le chef de l'Etat détient les mêmes pouvoirs en matière de nomination malgré les modifications et le changement de Constitution en 1974. Ainsi, le chef de l'Etat dispose de pouvoirs personnels et autonomes dégagés de tout contrôle de l'Assemblée nationale.

Dans la formation du gouvernement, il nomme les ministres de manière complètement discrétionnaire. Selon la Constitution du 22 septembre 1960 à travers son article 8 : « après son investiture, le Président du Gouvernement nomme par décret le Vice-président ainsi que les autres membres du Gouvernement et fixe leurs attributions. »

On remarque que sous la deuxième République, le chef de l'Etat a les mêmes attributions en matière de nomination des membres du gouvernement. La teneur des pouvoirs de nomination des membres du gouvernement par le chef de l'Etat vient de l'article 30 de la Constitution de 1974 en ces termes : « Le président de la République nomme les ministres qui sont responsables devant lui. Il fixe leurs attributions et met fin à leurs fonctions. »

Constitutionnellement, le chef de l'Etat dispose là, d'un pouvoir parfaitement libre. Ainsi, il nomme qui il veut à ce poste et quand il veut par un décret dont il est le seul signataire. Il dispose aussi d'un pouvoir discrétionnaire en matière de révocation des ministres. Comme dans la formation du gouvernement, le chef de l'Etat dispose également d'importants pouvoirs dans les nominations des hauts fonctionnaires civils et militaires dans l'administration publique. Le chef de l'Etat étant le premier responsable administratif de l'Etat, il

---

<sup>36</sup> TALLEYRAND, « Essai sur les avantages à retirer des colonies nouvelles dans les circonstances présentes », in *Mémoires de l'Institut national des sciences et arts*, II, Paris, Baudouin, 1799, p. 293.

nomme en conseil des ministres le grand chancelier des ordres nationaux, les officiers généraux, les gouverneurs de région etc.<sup>37</sup>

Le chef de l'Etat a aussi le pouvoir de nommer des hauts fonctionnaires civils et militaires en dehors de tout conseil des ministres : « Il nomme à tous les emplois civils et militaires autres que ceux pourvus en conseil des ministres<sup>38</sup>... » Cette formulation aussi vaste que laconique révèle toute la grande latitude confiée au chef de l'Etat en matière de nomination.

On constate que le chef de l'Etat possède une place importante dans le domaine de certaines nominations comme dans les relations internationales. A la lumière des Constitutions du 22 septembre 1960 et du 2 juin 1974, le chef de l'Etat nomme en conseil des ministres les ambassadeurs, les envoyés extraordinaires, Il accrédite aussi les ambassadeurs, les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères. Les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires sont accrédités auprès de lui<sup>39</sup>.

Enfin, le chef de l'Etat dispose de pouvoirs importants dans la désignation des membres de la juridiction constitutionnelle. Contrairement à beaucoup de Constitutions de l'Afrique francophone, le chef de l'Etat malien des premières Républiques a l'exclusivité des nominations des membres de la Cour suprême. En effet, le chef de l'Etat des deux Républiques nomme discrétionnairement les membres de la juridiction constitutionnelle. Ainsi, le chef de l'Etat nomme en conseil des ministres les membres de la Cour suprême<sup>40</sup>.

C'est un truisme de dire que le chef de l'Etat doit exercer ses pouvoirs de nomination selon les normes fixées par la Constitution<sup>41</sup>. Et la soumission de certains actes de nomination à une délibération en conseil des ministres permet juste de respecter le principe de

---

<sup>37</sup> Voir les articles 9 de la Constitution du 22 septembre 1960 et 30 de la Constitution du 2 juin 1974.

<sup>38</sup> Article 11 de la Constitution du 22 septembre 1960.

<sup>39</sup> Voir l'article 9 de la Constitution du 22 septembre 1960.

<sup>40</sup> Voir l'article 9 de la Constitution du 22 septembre 1960 et l'article 30 de la Constitution du 2 juin 1974.

<sup>41</sup> Jacques CADART, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Economica. 3<sup>ème</sup> éd. 1991, p. 102.

collégialité, une formalité constitutionnelle. En réalité le chef de l'Etat est le seul maître des pouvoirs de nomination en conseil des ministres : « Les nominations prises en Conseil des ministres sont donc juridiquement bien des décisions du Chef de l'État et non du Conseil des ministres<sup>42</sup> ». Le conseil des ministres ne fait qu'enregistrer et il n'a aucun moyen de contrôler les actes du chef de l'Etat en matière de nomination. Il n'est donc pas un « facteur d'atténuation de la prééminence présidentielle<sup>43</sup> ». Le chef de l'Etat sous les deux premières a totalement les coudées franches en matière de nomination. La conséquence de cette liberté en matière de nomination est la possibilité de révocation à tout moment.

En somme, dans la théorie les pouvoirs constitutionnels du chef de l'Etat sont énormes, dans la pratique ces pouvoirs deviennent presque totalitaires.

## **II. Des pouvoirs plus étendus dans la pratique du chef de l'Etat, « presque totalitaires » sous la I<sup>ère</sup> et la II<sup>ème</sup> République**

Au Mali sous les deux premières Républiques, les pouvoirs du chef de l'Etat transcendent le seul cadre constitutionnel. Ils ont tendance à s'agrandir dans la pratique constitutionnelle : « en droit, la Constitution confie au chef de l'Etat des attributions conséquentes. Mais c'est la pratique qui, sans vraiment trahir la Constitution, mais plutôt en la conduisant à ses aboutissements, en a fait un monarque républicain »<sup>44</sup>. Cette hypertrophie des pouvoirs du chef de l'Etat lui permet d'avoir, d'abord, une mainmise sur les institutions de la République et, ensuite d'instrumentaliser le parti et la justice pour assoir sa domination.

---

<sup>42</sup> Christian TERESINE, *La Nomination des agents publics en droit français*, thèse de l'université Paris I, 1981, p. 200.

<sup>43</sup> Jean-Paul TIMBAL, *Le Contresein ministériel*, thèse de l'université de Toulouse, 1975, p. 214.

<sup>44</sup> Guy CARCASSONNE, « Pouvoirs présidentiels », *op. cit.*, p. 34.

**A. Une mainmise sur les institutions**

La suprématie du chef de l'Etat sous les deux premières Républiques a permis à celui-ci de dominer l'Assemblée nationale et d'avoir une maîtrise totale du gouvernement.

*1. La domination de l'Assemblée nationale*

Que ce soit sous la première ou la deuxième République, l'Assemblée nationale a rarement pu jouer pleinement son rôle législatif et de contrepoids.

Dans la première République, le Mali est dans un régime parlementaire avec un exécutif moniste. Malgré le fait de son l'élection par les députés, Modibo Keita a une certaine prééminence sur l'Assemblée nationale, pour ne pas dire domination. Ce qui ressort dans les propos de Guy Guillermin : « le régime parlementaire de 1960 est rationalisé dans la mesure où la Constitution de 1960 a généralement repris à la Constitution française de 1958 les dispositions constitutionnelles qui limitent les pouvoirs du Parlement par rapport au Gouvernement. Ces limitations du rôle du Parlement sont en contradiction avec le caractère moniste du Parlementarisme institué<sup>45</sup>. »

Cette domination du Parlement par le chef de l'Etat apparaît dans la plupart des Etats socialistes d'après l'indépendance, y compris au Mali, où la répartition des pouvoirs est en faveur de l'exécutif, donc du chef de l'Etat : « Au lieu d'une véritable séparation des pouvoirs, qui assure au parlement une certaine autonomie et une certaine puissance, on trouve dans les Etats socialistes une concentration des pouvoirs au profit du Gouvernement, qui ne laisse au Parlement qu'un rôle restreint<sup>46</sup>. » Il faut signaler la faible activité de l'Assemblée nationale sous la première République.

---

<sup>45</sup> Guy GUILLERMIN, « Le régime politique de la République du Mali : de la partitocratie de fait à la partitocratie constitutionnelle », *Revue malienne de science administratives, économiques et juridiques*, Bamako, n° 2, 1977, p. 10.

<sup>46</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 394.

La situation de l'Assemblée nationale n'est guère reluisante dans la deuxième République. Sous cette République le multipartisme illusoire (monopartisme de fait) de la première République a laissé place au monopartisme constitutionnel. Et le régime parlementaire au régime présidentiel, avec l'élection du président de la République au suffrage universel. Le chef de l'Etat ainsi élu au suffrage universel a généralement des prérogatives juridiques plus grandes que celles d'un chef de l'Etat parlementaire<sup>47</sup>.

Dans ce régime, l'Assemblée nationale n'a pas la même importance que dans les régimes parlementaires, où le Parlement joue un rôle primordial : « (...) l'œuvre constitutionnelle et législative, c'est l'Assemblée. Qui ignore l'Assemblée nationale ne peut comprendre la Constitution qu'elle a élaborée »<sup>48</sup>. Cet état de fait n'est pas du tout vérifié dans le régime présidentieliste monolithique<sup>49</sup> de la deuxième République où l'Assemblée nationale se trouve cantonnée à des rôles secondaires, c'est un « élément du décor et du décorum »<sup>50</sup>. Les propos de Maurice Duverger illustre bien l'impuissance de l'Assemblée nationale : « Le présidentielisme constitue une application déformée du régime présidentiel classique, par l'affaiblissement des pouvoirs du Parlement et hypertrophie des pouvoirs du Président<sup>51</sup>. » De 1974 à 1990, le chef de l'Etat est pratiquement un « monarque », il est tout-puissant, et l'Assemblée nationale n'a aucun moyen pour contrebalancer ses pouvoirs. Elle est juste une chambre d'enregistrement des projets de lois et de la volonté du chef de l'Etat.

---

<sup>47</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques, op. cit.*, p. 199.

<sup>48</sup> Joseph BARTHELEMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. Panthéons-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p. 16.

<sup>49</sup> Il faut attendre 1981 pour voir la création du poste de premier ministre dans la Constitution, à travers la modification de celle-ci.

<sup>50</sup> Jean-François MEDARD, « L'Etat sous-développé au Cameroun », in *Année Africaine*, Paris, Pedone, 1977, p. 43.

<sup>51</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques, op. cit.*, p. 197.

En effet, les Constitutions des premières Républiques posent les balises de la soumission de l'Assemblée nationale au chef de l'Etat. Elles contribuent toutes à la rationalisation du parlementarisme laquelle se traduit par l'affaiblissement du législatif par rapport à l'exécutif. Ces causes concernent la limitation du domaine législatif, l'extension de la fonction exécutive et l'exercice, par le chef de l'Etat, de prérogatives importantes dans la procédure législative.

Sous les deux premières Républiques, on remarque dans les Constitutions que le domaine législatif est limité, alors que celui de l'exécutif est vaste et extensible. Le domaine législatif est d'abord matériellement limité, par les articles 24 et 27 de la Constitution de 1960 et les articles 49 et 52 de la Constitution de 1974. Ainsi, la loi fixe les règles concernant les sujétions imposées par la défense nationale et la sécurité du pays, le droit civil, le droit pénal et la procédure pénale etc. Et les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Le domaine législatif est ensuite formellement circonscrit. Le pouvoir d'initiative des députés limité aux propositions et amendements qui n'ont pas pour conséquence l'aggravation d'une charge publique ou, dans le cas contraire, à ceux qui sont accompagnés d'une augmentation des recettes ou d'économies équivalentes ; possibilité pour le gouvernement de s'opposer à l'examen de tout amendement qui ne lui aurait pas été antérieurement soumis ; procédure urgence ; procédure budgétaire stricte ; délégation de pouvoir au gouvernement pour l'exécution de son programme sous forme d'ordonnance et recours au référendum dans la Constitution de 1974. C'est aussi au chef de l'Etat de signer les décrets d'ouverture et de fermeture des sessions parlementaires. Ce pouvoir dans la procédure législative, marque sa prééminence sur l'Assemblée nationale.

En outre, comme en France, en période de crise exceptionnelle, le chef d'Etat de la deuxième République peut exercer une dictature provisoire. Les mesures prises peuvent porter sur le domaine réglementaire comme sur le domaine législatif.

Le droit de dissolution de l'Assemblée nationale est, également, un pouvoir important entre les mains du chef de l'Etat qui lui donne une

certaine maîtrise de cette Assemblée. Les Constitutions des deux premières Républiques prévoient toutes ce pouvoir au profit du chef de l'Etat. Donc, le chef de l'Etat peut mettre fin prématurément au mandat des députés en mettant en œuvre ce pouvoir. Il est une véritable épée de Damoclès qui est au dessus de la tête des députés, qui les amène à réfléchir plusieurs fois avant d'aller à l'encontre de la volonté de l'exécutif, en l'occurrence du chef de l'Etat.

Il faut noter que le chef de l'Etat de la première République, Modibo Keita, a usé de ce pouvoir de dissolution le 22 janvier 1968 par l'ordonnance n° 1 PG-RM portant acte de dissolution de l'Assemblée nationale et a instauré en lieu et place une délégation législative de 28 membres désignés par ses soins.

La domination de l'Assemblée nationale apparaît, plus clairement, dans la pratique institutionnelle sous les deux premières Républiques. Le parti unique de fait de la première République l'Union soudanaise-Rassemblement démocratique africain (US-RDA) et le parti unique institutionnalisé de la deuxième République l'Union démocratique du peuple malien (UDPM) ont servi de levier de soumission de l'Assemblée nationale au profit et par le chef de l'Etat qui est en même temps chef du parti. Le parti est alors au centre de la vie politique et pour être investi candidat du parti il faut avoir le soutien du chef de l'Etat. Ce qui fait que la majorité, sinon la totalité des députés de l'Assemblée nationale est fidèle au chef de l'Etat et traduit sa volonté en acte dans l'hémicycle : « Dévouée au président de la République et à son instrument qui est le Gouvernement, la majorité des députés vote évidemment les projets de loi que celui-ci présente<sup>52</sup>. » En effet, face au chef de l'Etat : « les parlementaires sont réduits à la docilité, à la passivité et ne disposent plus que du choix entre la servitude volontaire et la frustrante impuissance »<sup>53</sup>.

Au total, les deux premières Républiques sont marquées par l'hégémonie du chef de l'Etat sur l'Assemblée nationale. Cette domination ôte aux députés toute prétention d'être un contre-pouvoir

---

<sup>52</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>53</sup> Jack LANG, *Un nouveau régime politique pour la France*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 24.

à l'exécutif et, ainsi, de mener un véritable contrôle de l'activité gouvernementale.

*2. La maîtrise du gouvernement*

Le gouvernement n'a de pouvoir que celui du chef de l'Etat. Les ministres n'ont de pouvoir que ceux que le chef de l'Etat leur attribue. Le chef de l'Etat est le chef exclusif du gouvernement, il a un pouvoir total vis-à-vis des ministres. Les ministres sont nommés et révoqués par lui et n'ont de pouvoirs que ceux qu'il veut bien leur attribuer. Il faut dire que les ministres sont responsables devant lui. Il n'y a aucune force qui peut être contraire à la volonté du chef de l'Etat dans le gouvernement. Le chef de l'Etat nous le disons est le seul maître du gouvernement ; les ministres ne sont que des collaborateurs soumis.

Dans la première République le gouvernement est composé du président du gouvernement qui est le chef de l'Etat, du vice-président et des ministres. Mais le 20 janvier 1961 le poste de vice-président est supprimé de la Constitution par la loi n° 61-25/ANRM portant modification de la Constitution du 22 septembre 1960. Cette suppression peut être vue comme la volonté de Modibo Keita de tenir seul les rênes de l'exécutif.

Dans la deuxième République le gouvernement est composé du président du gouvernement qui est aussi président de la République et des ministres. Comme sous la première République il n'y a pas de premier ministre dans le gouvernement. Il faut attendre la modification de la Constitution en 1981 matérialisée par la loi n° 81-84/ANRM pour voir apparaître le poste de premier ministre. Le nouvel alinéa 2 de l'article 30 de la Constitution est très significatif de la suprématie du chef de l'Etat sur le gouvernement : « il peut... nommer un premier ministre ». Donc, le chef de l'Etat a le plein pouvoir de mettre un premier ministre ou non dans le gouvernement. Ce choix dépend entièrement du chef de l'Etat, que de lui.

Toutes les fois où le chef de l'Etat a décidé de mettre un premier ministre dans le gouvernement, ce dernier n'a été que le vassal du chef de l'Etat<sup>54</sup>. Comme les ministres, le chef de l'Etat a pu aussi le

---

<sup>54</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 458.

renvoyer à sa guise. Le premier ministre, de ce fait, s'est trouvé par rapport à lui dans une situation de totale subordination. Le premier ministre n'est plus que le premier collaborateur du chef de l'Etat. Il est celui dont la décision s'impose en dernier ressort. Le rôle du premier ministre n'est que celui d'un exécutant<sup>55</sup>.

Il ne serait pas illogique d'ailleurs de reconnaître que le premier ministre et les ministres sont au service du chef de l'Etat ; et de penser que le monocéphalisme est encouragé par les dispositions constitutionnelles maliennes.

Quant aux pouvoirs des ministres, ils résultent du pouvoir discrétionnaire du chef de l'Etat qui, à la lumière des articles 8 et 30 des Constitutions de 1960 et de 1974 « fixe leurs attributions ». Les ministres peuvent pour l'exécution de leurs missions, prendre des arrêtés et des circulaires. Les Constitutions du Mali aménagent la possibilité pour le chef de l'Etat de déléguer certaines de ses compétences aux ministres. Cela les permet chacun à son niveau d'exécuter la politique définie par le chef de l'Etat<sup>56</sup>. Les membres du gouvernement y compris le premier ministre, quand il y en a, ne sont que des « souffre-douleurs » du chef de l'Etat : « le premier ministre reste responsable aux yeux de l'opinion et du Parlement, des échecs et des revers : il est le « bouc émissaire » que le Président renvoie lorsque les affaires vont mal, le « fusible » qui saute quand le courant ne passe plus entre la présidence et la nation<sup>57</sup>. »

Malgré tout, les Constitutions maliennes de 1960 et de 1974 prévoient un conseil des ministres qui délibère obligatoirement sur certaines matières. Le conseil des ministres est un cadre de délibérations dont l'ordre du jour reste déterminé par le chef de l'Etat qui en dirige les travaux.

Le premier ministre, les ministres et les autres collaborateurs qui y sont conviés soumettent à l'appréciation du chef de l'Etat les documents et textes élaborés sous leur direction. C'est ainsi que le conseil des ministres délibère obligatoirement sur les décisions

---

<sup>55</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 458.

<sup>56</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 459.

<sup>57</sup> Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 459.

réglementaires, les nominations aux emplois supérieurs de l'Etat, dont la liste est établie par la loi. Il en résulte que toutes les décisions de l'exécutif doivent être approuvées par le chef de l'Etat. Le conseil des ministres est, en effet, un organe de suivi et de contrôle de l'action de ses collaborateurs (le gouvernement). Les décisions prise en conseil des ministres portent la signature du chef de l'Etat.

Les régimes de la première et de la deuxième République sont marqués par le parti unique de fait ou de droit. Dans ces régimes la suprématie du chef de l'Etat sur le gouvernement est accentuée. Le premier ministre, quand il existe, et les ministres n'ont que très peu de pouvoirs. S'ils peuvent contresigner certains actes du chef de l'Etat et recevoir une délégation des pouvoirs de celui-ci, ils sont sous la dépendance totale du chef de l'Etat. La mainmise du chef de l'Etat sur le gouvernement est totale et elle est exacerbée par le système de parti unique au Mali sous les premières Républiques.

### ***B. Instrumentalisation du parti et de la justice***

La prééminence constitutionnelle du chef de l'Etat place le parti et la justice dans une position de subordination. Ainsi, le chef de l'Etat a les moyens d'effacer le parti et de soumettre la justice.

#### *1. L'effacement du parti*

Au début des années 1960, vu la fragilité des jeunes Etats, la plupart d'entre eux vont opter pour des systèmes de parti unique de droit ou de fait comme seul moyen de maintenir « des dictatures révolutionnaires, c'est-à-dire que l'autoritarisme y sert, non à maintenir l'ordre établi, mais à établir un ordre nouveau qui doit permettre l'épanouissement futur de la liberté et l'égalité. L'instrument fondamental et original de cette dictature révolutionnaire est le parti unique<sup>58</sup>. » Le Mali fait partie de ces Etats qui ont choisi le parti unique. Il faut signaler que la situation juridique du parti unique est différente dans la première et dans la deuxième République.

---

<sup>58</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques, op. cit.*, p. 373.

A l'indépendance de par son influence, l'US RDA se retrouvait sans concurrents véritables<sup>59</sup>. Il aurait pu être institutionnalisé sans scandale. Mais le constituant malien n'a pas voulu entacher son idéal démocratique. L'article 3 de la Constitution du 22 septembre 1960 instaure le multipartisme en ces termes : « les partis et groupements politiques concourent normalement à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement dans le respect des principes démocratiques, des intérêts, des lois et règlements de l'Etat. »

Donc, en droit, l'US-RDA n'est pas un parti unique dans la mesure où la Constitution de 1960 instaure le principe du multipartisme. Sur le plan juridique, le monopartisme est par conséquent contraire à la Constitution. Quant à la Constitution de la deuxième République, elle institutionnalise carrément le parti unique : « le parti est unique. Il est l'expression de l'unité nationale et l'autorité politique suprême du pays. Il définit la politique de l'Etat et concourt à l'expression du suffrage universel, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur<sup>60</sup>. »

Le 30 mars 1976, la junte militaire crée le parti unique prévu dans la Constitution de 1974 : l'Union démocratique du peuple malien (UDPM)<sup>61</sup>. Faut-il rappeler que le régime de la deuxième République

---

<sup>59</sup> L'US-RDA domine largement la vie politique. Le PSP, dont les cadres avaient majoritairement intégré l'appareil d'État, décide de rejoindre en 1959 les rangs du parti de l'indépendance. L'US-RDA devient de fait le parti unique, fonctionnant selon le principe du centralisme démocratique. Voir Cheick Oumar DIARRAH, *Vers la troisième république du Mali*, Paris, L'Harmattan, janvier 1991.

<sup>60</sup> Article 5 de la Constitution du 2 juin 1974.

<sup>61</sup> La junte crée l'Union nationale des jeunes du Mali en même temps que l'UDPM, afin d'assurer sa mainmise sur la jeunesse et concurrencer l'Union nationale des élèves et étudiants du Mali (UNEEM). Ce syndicat étudiant avait des liens avec des partis clandestins comme le PMT, le Parti malien pour la démocratie et la révolution (PMDR) et le Comité de défense des libertés démocratiques au Mali (CDLDM). Voir Seydou M. DIARRAH 1991 cité par Bakary CAMARA, « Le processus démocratique au Mali Entre fragmentation de l'espace politique et coalitions : Quels sont les impacts de la démocratisation sur la condition de vie des Maliens ? »

est un régime militaire qui est caractérisé comme les autres régimes autoritaires d'ailleurs par : « le refus du pluralisme et l'interdiction ou la limitation très étroite de l'opposition, le refus des élections compétitives remplacées par des élections-plébiscites à candidats unique ou par l'absence totale d'élections, le refus de la séparation des pouvoirs remplacée par une concentration de l'autorité dans les mains d'un homme ou d'un parti unique, l'absence ou le caractère illusoire des libertés publiques et de leurs garanties<sup>62</sup>. »

Les raisons avancées par les militaires au pouvoir lors de la création du parti unique désormais institutionnalisé, sont la construction et l'intégration nationale, la mise sur pied de l'Etat et développement économique. Dans la pratique les objectifs avoués qui ont conduit à la création du parti unique de fait ou droit, ne sont pas atteints.

On constate, le renforcement de la prééminence légale du chef de l'Etat sur les autres pouvoirs par l'instauration du monopartisme de fait ou droit, selon que l'on soit dans la première ou dans la deuxième République. La tendance va de plus en plus vers une certaine confusion de fait ou de droit entre l'Etat et le parti, faisant du chef de l'Etat et chef du parti, le chef du régime.

Le monopartisme vient dénaturer encore plus les fondements du système parlementaire de la première République et de celui présidentiel de la deuxième République, en accentuant le déséquilibre et l'unité des pouvoirs au profit du chef de l'Etat.

L'hégémonie légale du chef de l'Etat est renforcée par le monopartisme de fait ou de droit et qui met le chef de l'Etat en situation royale. Les pouvoirs importants du chef de l'Etat ajoutés à ceux non moins étendus du chef du parti unique, de fait ou de droit, donnent plus d'ampleur à sa domination sur les autres pouvoirs, en ne laissant qu'une place illusoire à la séparation théorique des pouvoirs.

Sous la première République le chef de l'Etat, Modibo Keita, est le secrétaire général de l'US-RDA parti unique de fait et aussi chef du

---

<sup>62</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques, op. cit.*, p. 336.

gouvernement. Nous avons la même configuration sous la deuxième république où le chef de l'Etat, Moussa Traore, est aussi le secrétaire général de l'UDPM le parti unique institutionnalisé et chef du gouvernement. Il y a donc, en réalité une véritable confusion entre le chef du parti et le chef de l'Etat. Cette confusion de fait discrète sous la première République est purement et simplement constitutionalisée sous la deuxième République.

Normalement, le parti politique et l'Etat sont deux choses distinctes qui peuvent se servir mutuellement. Mais, au Mali avec le système de parti unique, l'Etat et le parti unique se confondent pour ne plus former qu'un seul élément. En conséquence, le multipartisme est interdit et l'effectivité de la démocratie est remise en cause.

Ici, la différence entre la fonction de l'Etat et celle du parti est floue. Les régimes unitaires des premières Républiques, mono partisans entretiennent cette confusion. « La concentration des pouvoirs est assurée par trois moyens essentiels : la domination de l'Etat par le parti ; le principe de l'unité du « pouvoir d'Etat » ; la faible activité du Parlement<sup>63</sup>. » Le parti prime sur les institutions de la Républiques. C'est le parti unique qui recrute le personnel politique, parlementaire et gouvernemental. C'est lui encore qui désigne les candidats aux élections législatives et présidentielle. Toutes ces opérations de désignation doivent avoir la bénédiction du chef de l'Etat.

En ce qui concerne la première République, l'on pourrait s'étonner de parler de confusion du parti et de l'Etat dans la mesure où nous disions que le régime pluraliste décourage la tendance à la confusion des fonctions. Mais l'étonnement s'estompe dès lors que nous prenons en compte le fait, jetons un simple regard au fonctionnement pratique du régime où nous voyons monopartisme à la place du multipartisme. Ici, le fait divorce et triomphe du théorique. Dès lors la séparation théorique ou juridique des fonctions étatiques et partisans due aux exigences de la pluralité s'efface devant la tendance à leur confusion. Mais cette confusion des fonctions se fait à l'avantage du parti qui

---

<sup>63</sup> Maurice DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, les systèmes politiques, op. cit.*, p. 394.

domine pratiquement l'Etat, prend des mesures à la place des organes officiels compétents de l'Etat.

Le pouvoir en fait tentaculaire du parti s'il soumet les organes, les hiérarchise aussi. Et cette hiérarchisation profite au chef de l'Etat qui est aussi chef du parti. Dans ce cas la réalité du pouvoir détenu par le parti et exercé par son chef vient approfondir le fossé entre le chef de l'Etat et les autres organes de l'Etat qui n'ont pas la chance d'avoir l'homme le plus puissant de l'Etat à leur tête. Et la justice n'échappe pas à son emprise.

## *2. La soumission de la justice*

Au Mali, sous les deux premières républiques, le chef de l'Etat avec son instrument de domination qui est le parti unique, de fait ou de droit, n'a laissé aucune chance d'émancipation de la justice<sup>64</sup>. La justice est chargée d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, d'interpréter le droit, de l'appliquer et de sanctionner ses violations<sup>65</sup>.

Sur le plan théorique les constituants de 1960 et de 1974 distinguent entre fonction exécutive et judiciaire pour respecter la logique de la séparation des pouvoirs. Dans ce cas, le chef de l'Etat, chef de l'exécutif n'a directement aucun pouvoir juridictionnel. Les Constitutions de 1960 et de 1974 garantissent toutes respectivement en leurs articles 42 et 65 l'indépendance de l'autorité judiciaire dans la République<sup>66</sup>. Si le chef de l'Etat n'a pas le pouvoir de juger, il ne se

---

<sup>64</sup> Voir François LUCHAIRE, « Le problème de la justice dans la Communauté », in *La Justice*, Paris, PUF, 1961.

<sup>65</sup> Maurice DUVERGER, *le Système politique français, Droit Constitutionnel et systèmes politiques*, Paris PUF, 1985, p. 429.

<sup>66</sup> Article 42 de la Constitution du 22 septembre 1960 : « la République du Mali assure et garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle et chargée d'appliquer, dans le domaine qui lui est propre, les lois de la République » et article 65 de la Constitution du 2 juin 1974 : « la justice est rendue sur le territoire de la République au nom du peuple malien. L'autorité judiciaire est indépendante. Elle assure le respect des droits et libertés définis par la Constitution et par la loi. Une loi porte statut de la magistrature. »

reste qu'il a un certain nombre de pression, de soumission ou tout simplement d'influence de la justice entre ses mains.

Le chef de l'Etat a d'importants pouvoirs de nomination au niveau de la juridiction constitutionnelle, Cour d'Etat sous la première République devenue Cour suprême sous la deuxième République. En effet, les membres de la juridiction constitutionnelle sont nommés par le chef de l'Etat selon l'article 9 de la Constitution de 1960 : le chef de l'Etat : « nomme en conseil des ministres les membres de la Cour d'Etat », et l'article 30 de la Constitution de 1974 qui donne aussi le pouvoir de nomination des membres de la Cour suprême en conseil des ministres au chef de l'Etat. Contrairement à certains pays comme la France où le chef de l'Etat ne nomme que certains membres de la juridiction constitutionnelle<sup>67</sup>, au Mali la composition de la juridiction constitutionnelle dépend du chef de l'Etat. Il n'est donc pas étonnant que le chef de l'Etat ait des moyens de soumission de la Cour d'Etat ou de la Cour suprême.

Le chef de l'Etat a, ensuite, un pouvoir en matière de saisine de la section constitutionnelle de la Cour d'Etat ou de la Cour constitutionnelle. Le chef de l'Etat a le pouvoir de saisine concurremment avec le président de l'Assemblée nationale. L'importance du pouvoir de saisine présidentiel vient de ce que la chambre ne peut se saisir elle-même. Son action dépend un peu de ceux qui ont le pouvoir de la saisir.

Il est intéressant de rappeler que, de 1960 à 1979, les magistrats sont considérés comme les autres fonctionnaires de l'Etat, en ce sens, qu'ils n'ont pas de statut. Or, sans un statut, les magistrats ne peuvent prétendre à une quelconque indépendance, malgré les affirmations constitutionnelles.

Il faut attendre 1979 pour voir l'adoption de la loi n° 79-10/ANRM du 29 novembre 1979 portant statut des magistrats en République du Mali. Soit dix-neuf ans après l'indépendance. Ce statut devait permettre à la justice de sortir des jugs de l'exécutif et du chef de

---

<sup>67</sup> En France, le chef de l'Etat ne nomme que trois membres du Conseil constitutionnel, les six autres sont nommés par les présidents de l'Assemblée nationale (3) et du Sénat (3).

l'Etat. Mais il n'en est rien, puisque le chef de l'Etat est le président du Conseil supérieur de la magistrature et à ce titre, il continue de nommer les magistrats, d'assurer leur avancement et leur discipline. L'exécutif, donc le chef de l'Etat, continue d'intervenir dans le recrutement des magistrats et dans la définition du budget et des conditions de travail de ceux-ci.

Les nominations aux divers emplois de la magistrature sont faites par le chef de l'Etat. La position d'influence du chef de l'Etat vis-à-vis de la magistrature est finalement beaucoup moins favorable à l'indépendance de la justice.

Les Constitutions de 1960 et de 1974 font du chef de l'Etat le détenteur du droit de grâce. Ce sont respectivement les articles 9 et 30 des deux Constitutions qui aménagent ce droit au chef de l'Etat. Selon, par exemple, l'article 30 de la Constitution de 1974 : « le chef de l'Etat exerce en conseil des ministres le droit de grâce ». Cette compétence lui appartient exclusivement. Et le chef de l'Etat est maître de la décision.

Le droit de faire grâce montre encore une fois de plus la prééminence du chef de l'Etat pour la justice. Ce droit l'autorise à empiéter sur le domaine de la justice en lui permettant de libérer certains condamnés par la justice.

Enfin, à la lumière de l'article 11 de la Constitution malienne de 1960 le chef de l'Etat assure l'exécution des décisions de justice. C'est d'ailleurs le même article qui prévoit le pouvoir pour le chef de l'Etat d'assurer l'exécution des lois. Ainsi, comme au niveau législatif le rôle du chef de l'Etat dans l'exécution des décisions de justice n'est point négligeable.

La justice au Mali, sous les deux premières Républiques, est soumise au diktat du pouvoir du chef de l'Etat. On peut le dire sans se tromper qu'il y a des rapports de subordination entre la justice et le

chef de l'Etat<sup>68</sup>. Le statut de la justice ne lui permet pas d'être autonome malgré la consécration de son indépendance<sup>69</sup>.

\*  
\* \*

Avant que le constitutionnalisme moderne ne soit introduit, le Mali connaissait des régimes de monarchie absolue dans lesquels un roi détenait tous les pouvoirs. Avec l'introduction du constitutionnalisme moderne et la révolution de mars 1991, les pouvoirs du chef de l'Etat ont profondément changé.

Tout d'abord, sous la première République, on peut dire que, malgré l'instauration d'un régime parlementaire qui donnait au Parlement beaucoup d'emprise sur l'exécutif, le chef de l'Etat dans les faits avait institué un régime de pouvoir personnel. Il avait tous les pouvoirs surtout vers la fin de la première République : « ce régime politique était caractérisé par trois aspects : par le régime parlementaire institué, par la partitocratie de fait et par le régime de pouvoir personnel qui s'est instauré à partir de 1967.<sup>70</sup> »

Ensuite, dans la deuxième République, la Constitution de 1974 consacre le parti unique et soumet toutes les autres institutions au diktat du parti. Mais, dans la pratique, encore une fois de plus, le chef de l'Etat va voler la vedette au parti en s'arrogeant des pouvoirs importants. Il faut dire que son élection au suffrage universel lui donne une légitimité non négligeable. La Constitution de la deuxième

---

<sup>68</sup> Voir Didier BIGO, « Pouvoir politique et appareil judiciaire en Afrique au sud du Sahara », *Afrique contemporaine*, n° 156, 4<sup>e</sup> trimestre, 1990, p. 166 et s.

<sup>69</sup> Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° 156, 4<sup>e</sup> trimestre, 1990, p. 6 et s.

<sup>70</sup> Guy GUILLERMIN, « Le régime politique de la République du Mali : de la partitocratie de fait à la partitocratie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 8.

République donne donc des pouvoirs puissants au président de la République.<sup>71</sup>

Enfin, avec la révolution du 26 mars 1991 le peuple rejette le régime de la deuxième République considéré comme un régime dictatorial, et réclame la démocratie. Ainsi, le Mali entame des réformes importantes qui débouchent sur l'avènement de la troisième République.

La Constitution de la troisième République tirant les leçons des Républiques précédentes instaure la démocratie. En effet, les expériences de la première et de la deuxième République ont largement influencé le régime politique d'aujourd'hui. Avec la Constitution de la troisième République, un régime constitutionnel sous la forme d'un gouvernement dualiste émerge à la suite des expériences républicaines.

Le Mali possède, aujourd'hui, un régime semi-parlementaire c'est-à-dire un régime constitutionnel mixant des éléments du régime parlementaire et du régime présidentiel. Ainsi, dans la Constitution de 1992 le président de la République est élu au suffrage universel direct par les citoyens. Il nomme le premier ministre et préside le Conseil des ministres. On ajoute qu'en ce qui concerne la sécurité, il est le chef des armées. De plus, le président a besoin du contreseing du premier ministre et des ministres responsables pour l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels. La Constitution reconnaît au président le droit de dissoudre l'Assemblée nationale et cette dernière peut renverser le gouvernement. Ce qui rend le gouvernement responsable devant l'Assemblée et devant le président de la République. On se rend compte, alors, que la Constitution de 1992 aménage des pouvoirs importants au chef de l'Etat avec l'obligation de respecter la séparation des pouvoirs.

---

<sup>71</sup> Maurice DUVERGER (sous la direction de), *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986 p 367.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

- ARDANT Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd, 2004
- AVRIL Pierre, *Le régime de la Vème République* : Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967
- BALANDIER Georges, *Anthropologie politique*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1978
- BARTHELEMY Joseph et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. Panthéons-Assas, coll. « Les introuvables », 2004
- BOIS DE GAUDUSSON Jean du, « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001
- BURDEAU Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Bordeaux, Delmas, 19<sup>ème</sup> édition, 1980
- CADART Jacques, *Institutions politiques et droit constitutionnel* : Paris, Economica, 3<sup>ème</sup> éd. 1991
- CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Sirey Université, 23<sup>ème</sup> édition, 2006
- CONAC Gérard, « L'évolution constitutionnelle des Etats francophones d'Afrique », in *Les institutions constitutionnelles des Etats francophones d'Afrique et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 1-68
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987
- DIARRAH Cheick Oumar, *Vers la troisième république du Mali*, Paris, L'Harmattan, janvier 1991
- DUHAMEL Olivier et Yves MENY (sous la direction de), « Chef d'Etat, chef de l'Etat », in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 123-124.
- DUVERGER Maurice, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Presses universitaires de France 1965
- DUVERGER Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, les systèmes politiques, Presses Universitaires de France, Paris

- DUVERGER Maurice, *Le Système politique français, Droit Constitutionnel et systèmes politiques*, Paris PUF, 1985
- DUVERGER Maurice (sous la direction de), *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, 1986
- HAURIOU André, *Droit constitutionnel et institutions politiques* : Ariel, 2<sup>ème</sup> éd, 1980
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923
- JUVENEL Bertrand de, *De la souveraineté. A la recherche du bien politique*, édition M. th. Genin, Paris, 1955
- KAMTO Maurice, *Essai sur les fondements du constitutionalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone, Pouvoir et droit en Afrique noire*, Tome XLIII, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987
- KONARÉ Alpha Oumar, *Les Constitutions du Mali*, publié avec le concours du ministère des Relations extérieures, Coopération et Développement, 325 pages
- LANG Jack, *Un nouveau régime politique pour la France*, Paris, Odile Jacob, 2004
- Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd, 2015-2016

#### **Articles**

- ACKA Félix S., « La promulgation de la loi en Afrique noire francophone (Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Sénégal) », *Revue EDJA*, n° 49, avril-mai-juin 2001, p. 31 et s.
- BIGO Didier, « Pouvoir politique et appareil judiciaire en Afrique au sud du Sahara », *Afrique contemporaine*, n° 156, 4<sup>e</sup> trimestre, 1990, p. 166 et s.
- BOIS DE GAUDUSSON Jean du, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n° 156, 4<sup>e</sup> trimestre, 1990, p. 6 et s.
- CAMARA Bakary, « Le processus démocratique au Mali Entre fragmentation de l'espace politique et coalitions : Quels sont les impacts de la démocratisation sur la condition de vie des Maliens ? »
- CARCASSONNE Guy, « Pouvoirs présidentiels », in *Le Point*, n° 1179, du 22 avril 1995, p. 34

- COCQUERY-VIDROVITCH Catherine, « A propos des racines historiques du pouvoir : "Chefferie" et "Tribalisme" », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 51-62
- CONAC Gérard, « Portrait du chef d'Etat », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 121
- GUILLERMIN Guy, « Le régime politique de la République du Mali : de la partitocratie de fait à la partitocratie constitutionnelle », *Revue malienne de science administratives, économiques et juridiques*, Bamako, n° 2, 1977, p. 10
- LUCHAIRE François, « Le problème de la justice dans la Communauté », in *La Justice*, Paris, PUF, 1961
- MEDARD Jean-François, « L'Etat sous-développé au Cameroun », in *Année Africaine*, Paris, Pedone, 1977, p. 43
- RICHIR Isabelle, « Le chef de l'Etat et le juge constitutionnel, gardiens de la Constitution », *RDP*, n° 4, 1999, p. 1047-1067
- SAINT-GIRONS Bernard, « Les acteurs : Fonction présidentielle et transition démocratique », in Henry ROUSSILLON (sous la direction de), *Les nouvelles Constitutions africaines : la transition démocratique*, Toulouse, Presses de l'IEP de Toulouse, 1995, p. 31-36
- SAUVIGNON Edouard, « La promulgation des lois. Réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux ». *Revue de droit public*, LGDJ, n° 4, 1981, p. 1003-1004
- TALLEYRAND, « Essai sur les avantages à retirer des colonies nouvelles dans les circonstances présentes », in *Mémoires de l'Institut national des sciences et arts*, II, Paris, Baudouin, 1799, p. 293

#### **Thèses**

- THERESINE Christian, *La Nomination des agents publics en droit français*, thèse de l'université Paris I, 1981
- TIMBAL Jean-Paul, *Le Contresein ministériel*, thèse de l'université de Toulouse, 1975



## LA LAÏCITE A L'EPREUVE DES FAITS RELIGIEUX ET DE L'EXTREMISME VIOLENT AU MALI

**Dr Jermie COULIBALY,**

*enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

La laïcité vient étymologiquement de *Laos*, en grec, qui signifie l'unité d'une population, considérée comme un tout indivisible. Au sens large, elle renvoie, tout d'abord, à un mode de constitution d'une communauté politique, ensuite, à un principe unitaire<sup>1</sup> et enfin, elle signifie que l'Etat appartient à tout le peuple<sup>2</sup>. Au sens étroit, la laïcité d'une part, désigne la séparation de la sphère civile de la sphère religieuse, selon la célèbre formule consacrée dans les Evangiles : *à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu* ; d'autre part, dans une République, elle indique la séparation de l'Etat avec les confessions religieuses<sup>3</sup>.

La laïcité de l'Etat peut être appréhendée à travers plusieurs approches : philosophiques, sociologiques ou juridiques. Ainsi, éveille-t-elle des résonances passionnelles et contradictoires sur le contenu même de la notion. Nonobstant ces débats sur le sens du mot, au plan juridique, la laïcité de l'Etat renvoie à la neutralité religieuse de ce dernier. A cet effet, l'Etat laïc, de même que les organes qui l'incarnent, ne peuvent faire acte de croyance et n'interviennent point

---

<sup>1</sup> N. BAVEREZ, « Le principe de la laïcité face aux chocs et crises du XXI<sup>e</sup> siècle », *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, Tome 48, Ed. Dalloz, p. 249.

<sup>2</sup> G. HAASCHER, *La laïcité*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 2013, 5<sup>e</sup> éd., p. 5.

<sup>3</sup> M. OLIVETTI, *Laïcités parallèles*, Constitutions, 2010, p. 535.

dans le choix confessionnel des citoyens, mais il est pourtant, tenu de respecter les conséquences de ce choix. Compte tenu de sa neutralité religieuse, l'Etat laïc ne peut, par ailleurs, donner à une quelconque confession religieuse, l'appui moral d'une reconnaissance ou l'appui matériel d'une aide financière<sup>4</sup>.

Cependant, cette neutralité religieuse ne signifie pas une ignorance des religions par l'Etat<sup>5</sup> ou plus précisément des faits religieux sur son territoire. Au contraire, l'Etat reconnaissant leur existence, se donne les moyens de les gérer<sup>6</sup>. L'expression *faits religieux* vise à saisir les phénomènes religieux comme des faits historiques et sociaux<sup>7</sup>. Elle prend en compte les faits religieux comme des faits collectifs, matériels, symboliques, expérientiels et sensibles. Tout d'abord, comme faits collectifs, les faits religieux font référence à un ensemble d'individus qui partagent quelque chose en commun, qui les lie entre eux. Ensuite, comme faits matériels, cette notion renvoie aux objets archéologiques, littéraires, antistatiques etc. liés à la religion. Puis, comme faits symboliques, elle renvoie aux différentes représentations et leurs sens selon les religions. Enfin, comme faits expérientiels et sensibles, à l'échelle individuelle et collective, elle exprime le fait que des millions de personnes vouent au religieux une dimension essentielle de leur vie<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> J. RIVERO, « La notion juridique de la laïcité », *La laïcité, op. cit.*, p. 259.

<sup>5</sup> Selon la doctrine, une religion peut se définir par la coïncidence de deux éléments, objectif et subjectif. L'élément objectif concerne l'existence d'une communauté, même réduite et l'élément subjectif est relatif à la croyance, la foi commune qui les lie. Voy. : C. DUVERT, « A propos de la question des sectes », *La laïcité, op. cit.*, p. 110.

<sup>6</sup> L. DELSENNE, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *Rev. dr. pub.*, 2005, p. 427.

<sup>7</sup> Les phénomènes religieux sont construits comme « faits » à travers diverses approches disciplinaires : historique, sociologique, anthropologique. Voy. : J.-P. WILLAIME, *Faits religieux*. R. AZRIA et D. HERVIEU-LEGER (Eds), *Dictionnaire des faits religieux*, 2010, p. 363.

<sup>8</sup> J.-P. WILLAIME, « l'enseignement des religions en Europe : approches sociologiques », *L'enseignement des religions : approches laïques et religieuses*, dir. C. MENGES-LE PAPE, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 307-309.

Dans le cadre de la gestion des faits religieux, un Etat peut être entre autres, religieux s'il établit une religion officielle, soit antireligieux, s'il s'oppose aux croyances religieuses, soit séculier s'il entretient une étroite relation avec les confessions religieuses ou encore areligieux s'il existe une séparation stricte entre la religion et l'Etat<sup>9</sup>.

La République du Mali, vu la pluralité confessionnelle de sa société et dans le souci de maintenir la coexistence pacifique des différentes religions sur son territoire, va instaurer la laïcité héritée de la France, comme principe de base pour la construction de sa nouvelle société, après son indépendance. Mais force est de reconnaître que la France et le Mali, dans leurs rapports avec la religion ont eu des histoires différentes. La laïcité, considérée comme la forme française de la liberté religieuse<sup>10</sup>, est le produit d'une idéologie d'une époque marquée par le positivisme, le scientisme et la contestation des dogmes religieux<sup>11</sup>. Au Mali en revanche, à l'instar de beaucoup de pays africains, la société est profondément et historiquement religieuse<sup>12</sup>. Il existe de ce fait, une longue tradition de coexistence pacifique de différentes croyances et confessions religieuses depuis les grands empires et royaumes qui se sont succédés<sup>13</sup> sur le territoire

---

<sup>9</sup> V. LASSERRE, « Droit et religion », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1072.

<sup>10</sup> Y. GAUDEMET, « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *Rev. dr. pub.*, n° 2, p. 329.

<sup>11</sup> J. MORANGE, « Le "mystère" de la laïcité française », *Rev. dr. pub.*, n° 3, 2013, p. 507.

<sup>12</sup> J.-F. BAYART, « Religion et politique en Afrique : le paradigme de la cité culturelle », *Etudes africaines comparées*, n° 1, 2015, p. 19.

<sup>13</sup> Dans l'empire du Ghana, la forme de croyance majoritaire était l'animisme. Le roi, de même qu'une bonne partie des habitants, vénéraient le serpent légendaire de l'empire. Malgré cela, de nombreux dignitaires de l'empire étaient de confession musulmane et avaient par conséquent, le droit de pratiquer librement leur culte. Les empereurs, Kankou Moussa de l'empire du Mali et l'Askia Mohamed de Songhoy, effectuèrent le son pèlerinage à La Mecque. Voy. J. KI-ZERBO, *Histoire générale de l'Afrique*, vol. 1., *Méthodologie et préhistoire africaine*, Éditions UNESCO, 1999, p. 74, 783.

malien où le roi n'avait pas toujours la même religion que ses sujets<sup>14</sup>.

Pendant la colonisation, aucune religion officielle n'avait été instituée de sorte qu'à l'indépendance, il existait toujours une pluralité confessionnelle. De ce fait, bâtir le nouveau contrat social sur la base de la laïcité semblait être la garantie d'une vie sociale harmonieuse, stable et paisible. Par conséquent, le caractère laïc de l'Etat malien apparaît clairement dans tous ses textes fondamentaux depuis 1960. La première Constitution du 22 septembre 1960 le souligne dès son article 1<sup>er</sup>. Après le coup d'Etat de 1968, l'ordonnance n° 1 du Comité militaire de libération nationale, portant organisation des pouvoirs publics en République du Mali, de même que la Constitution du 2 juin 1974, l'annoncent dans leurs articles 1<sup>ers</sup>. Quant à la Constitution du 25 février 1992, elle affirme le caractère laïc de l'Etat malien dès son préambule, ensuite dans son article 25 puis dans son article 118. Vu l'importance de la laïcité aux yeux du constituant de 1992, il ne se limite pas à l'affirmer dans la Constitution, mais il la rend intangible.

Sur le plan législatif, le principe de la laïcité de l'Etat, autrement dit la séparation de l'Etat et de la religion et son corolaire de liberté religieuse des citoyens, a été consacré dans la loi n°61-86/AN-RM portant organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes. Ce principe est devenu même un principe supranational depuis 2001, quand la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) l'a institué pour tous ses Etats membres<sup>15</sup> dans son protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance<sup>16</sup>. Dans l'espace CEDEAO, la laïcité s'impose donc, non seulement à l'Etat central, mais aussi à tous ses démembrements et implique leur entière

---

<sup>14</sup> S. KIENOU MEDARD, « Les relations entre l'État et les confessions religieuses », *Rev. dr. pub.*, n° 5, 2017, p. 1375.

<sup>15</sup> Le Bénin, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Liberia, le Mali, le Niger, le Nigeria, le Sénégal, la Sierra Leone et le Togo.

<sup>16</sup> CEDEAO, protocole a/sp1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, p. 5.

neutralité dans le domaine de la religion. L'Etat n'a pas, de ce fait, vocation à intervenir ni dans le domaine réservé à la religion, ni dans le choix des citoyens de pratiquer telle ou telle religion qui relève de leur volonté discrétionnaire.

Nonobstant les efforts constitutionnels et législatifs de laïcisation de l'Etat malien, le phénomène religieux dans la société est dominé, depuis l'avènement de la démocratie, par une volonté manifeste de certains mouvements religieux islamiques de glisser de la sphère religieuse, leur domaine de prédilection, vers la sphère politique. Nous en voulons pour preuve, le *Mémoire* établi le 5 avril 2002 par un collectif d'associations islamiques du Mali et destiné aux partis politiques à l'occasion des élections générales de 2002<sup>17</sup>. La plupart des dispositions de ce *Mémoire*, constituait à l'évidence, une immixtion de la religion dans la vie politique tendant à une islamisation de l'Etat<sup>18</sup>.

Cependant, il convient de souligner que l'essor que connaissent les mouvements religieux maliens et leur volonté manifeste de jouer un rôle actif dans l'arène politique n'est pas un cas isolé en Afrique. Dans les pays africains en général, depuis la fin des années 1980, les mouvements religieux, islamiques comme chrétiens, connaissent un réel progrès<sup>19</sup>. Ils cherchent, de plus en plus, à jouer leurs partitions dans l'arène politique. Si, dans certains pays, ce sont des mouvements islamiques et salafistes qui cherchent à avoir une mainmise sur le

---

<sup>17</sup> D. JONCKERS, « Associations islamiques et démocratie participative au Mali », A. BOZZO et P.J. LUIZARD (dir). *Les sociétés civiles dans le monde musulman*, La Découverte, 2011, p. 227-248.

<sup>18</sup> Ce *Mémoire* souligne par exemple que le Mali est un pays dont la majorité de la population est musulmane. Mais, il s'efforce tout de même, dans le respect de la liberté conscience prônée par Dieu dans le Coran, de concilier les impératifs de la modernité avec le credo libérateur et salutaire de l'islam. De ce fait, le Mali ne peut se passer de l'apport des fils et filles, de confession musulmane. Voy. : A.-S. SOW : *L'Etat démocratique républicain : la problématique de sa construction au Mali*, Granvaux, 2008, p. 343-344.

<sup>19</sup> R. MARSHALL-FRATANI, D. PECLARD, *La religion du sujet en Afrique*, Politique africaine, n° 87, 2002, p. 5.

pouvoir politique, dans d'autres Etats, en revanche, c'est plutôt des mouvements religieux chrétiens, protestants ou catholiques<sup>20</sup>.

Le dynamisme des groupes islamiques maliens, depuis l'avènement de la démocratie, avait pour objectif fondamental, d'influencer les pouvoirs politiques, par les idées dans leurs prises de décision et de peser sur la conduite de la politique de la nation et non d'instaurer un nouvel ordre juridique non laïc, en l'occurrence la charia islamique<sup>21</sup> dans un Etat constitutionnellement laïc. En conséquence, si avant 2012, nous pouvions constater une certaine radicalisation de certains groupes islamiques dans la société malienne, la laïcité du pays n'en souffrait pas véritablement et rien ne pouvait laisser présager la montée de l'extrémisme islamique violent au point d'arriver à l'application de la charia islamique dans son acception la plus rigoriste, de surcroît par l'utilisation des armes. Il paraît donc nécessaire de faire deux types de distinctions à ce niveau.

Tout d'abord, il faudrait faire la distinction entre les notions voisines *d'extrémisme violent*, de *djihadisme* et de *terrorisme*. L'extrémisme violent se réfère à une pensée dogmatique et radicale qui préconise des modes d'action violents, tandis que le terrorisme se définit comme l'usage indiscriminé de la terreur, notamment la violence meurtrière. Quant au djihadisme, c'est une doctrine contemporaine au sein de l'islamisme qui prône l'utilisation de la violence y compris le recours aux armes pour la réalisation des objectifs islamistes<sup>22</sup>.

Ensuite, la seconde distinction qui s'impose, est à faire entre les groupes djihadistes armés qui ont imposé la charia au Nord du Mali en 2012, d'une part, et les citoyens maliens de confession musulmane en général et particulièrement les groupes islamiques conservateurs maliens, d'autre part. En effet, il n'y a aucun amalgame à faire entre

---

<sup>20</sup> É. Dorier-APPRILL et R. ZIAVOULA, *La diffusion de la culture évangélique en Afrique centrale : Théologie, éthique et réseaux*, La Découverte, « Hérodote », n° 119, 2005, p. 129-156.

<sup>21</sup> Loi révélée de l'islam, régissant la vie culturelle et les relations sociales des musulmans. Voy. : *Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, p. 232.

<sup>22</sup> IPI, OIF et le CENTRE 4S : *L'extrémisme violent : Vers une stratégie de prévention dans l'espace francophone*, IPI, New York, 2015, p. 2.

les groupes religieux conservateurs maliens et les djihadistes armés, tant les méthodes et les moyens utilisés pour atteindre leurs objectifs sont différents. S'ils se réclament tous de l'islam, l'islamisme<sup>23</sup> tel qu'appliqué par les djihadistes au Nord du pays en 2012, l'a été surtout à travers les armes, tandis que les groupes islamiques conservateurs dans le reste du pays, y compris le Nord, avant l'arrivée des djihadistes, l'appliquent à travers les idées<sup>24</sup>. Ces derniers ont toujours vécu dans la tolérance religieuse et la coexistence pacifique avec les autres confessions religieuses.

De ce fait, la tolérance religieuse séculaire dans la société malienne, aurait pu rester ainsi si des groupes djihadistes venus d'ailleurs, pour la plupart, n'avaient pas changé la donne. Profitant d'une offensive militaire lancée par les indépendantistes du Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA<sup>25</sup>) le 17 janvier 2012, ces groupes djihadistes ont déclaré la guerre au Mali et instauré la charia islamique par la force des armes et ont soumis les populations à des amputations, des lapidations, des flagellations etc. Cette imposition de la charia islamique à la population malienne a été unanimement condamnée au Mali comme à l'étranger, même si, dans le milieu des groupes islamiques conservateurs maliens, la condamnation de ces actes contraires à la constitution malienne, a été lente.

Ce sujet, base de notre réflexion, met en exergue une antinomie à savoir la consécration constitutionnelle de la laïcité de l'Etat malien,

---

<sup>23</sup> L'islamisme désigne depuis les années 1970, les courants les plus radicaux de l'islam, qui veulent faire de ceux-ci, non plus essentiellement une religion, mais une véritable idéologie politique par l'application figée de la charia et la création d'Etats islamiques intransigeants. Voy. *Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, p. 630.

<sup>24</sup> B. HAIDARA, *Les formes d'articulation de l'Islam et de la politique au Mali*, thèse de doctorat en géographie humaine, sous la direction de M. le Pr. C. BOUQUET, Bordeaux, Université Bordeaux-Montaigne, 2015, p. 30.

<sup>25</sup> C'est le 16 octobre 2011, qu'est né le MNLA (Mouvement national de libération de l'Azawad), de la fusion entre le MNA (Mouvement national de l'Azawad) et le MTNM (Mouvement touareg du Nord Mali). Voy. : J. DUFOUR, « Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA) », Note d'analyse du GRIP, 2012, p. 2.

donc la séparation de l'Etat et de la religion d'une part, et la grande pression exercée par des groupes religieux islamiques en vue de contrôler ou d'influencer le pouvoir politique, d'autre part. A l'épreuve de la pratique, les failles de ce principe intangible de la constitution du 25 février 1992, apparaissent clairement comme l'a démontré d'ailleurs la crise du Nord du pays en 2012. Toutes choses qui amènent à se poser la question de l'effectivité des dispositions constitutionnelles sur la laïcité de l'Etat malien. Autrement dit, constitutionnaliser la laïcité est-il gage de sa protection particulièrement en temps de crise ?

Nonobstant le caractère multidisciplinaire de la notion de laïcité, notre étude s'inscrira dans les sciences juridiques et ancrée dans le droit constitutionnel malien. Les sources constitutionnelles et législatives maliennes alimenteront cette étude, mais nous ferons recours au droit constitutionnel comparé ouest-africain, chaque fois que cela s'avèrera pertinent. A cet égard, cette démarche commande de faire, tout d'abord, le point sur les fondements juridiques de la laïcité malienne (I), avant d'examiner l'ineffectivité des dispositions textuelles de la laïcité face à l'extrémisme violent (II).

### **I. Les fondements juridiques de la laïcité malienne**

La laïcité dans les pays de l'Afrique de l'Ouest, est un principe constitutionnel<sup>26</sup> et une norme supranationale comme précédemment

---

<sup>26</sup> Pour preuve, les articles 127 de la Constitution ivoirienne du 23 juillet 2000, 118 de la Constitution malienne du 25 février 1992 et 156 de la Constitution béninoise du 10 décembre 1990, rendent tous intangible la laïcité de l'Etat. Les articles 25.1.c) de la Constitution gambienne de janvier 1997, 24.1) de la Constitution sierra léonaise de 1991, 27 et 48 de la Constitution Cap-Verdienne de 1990, ainsi que les articles 21.1.c) de la Constitution ghanéenne du 16 décembre 1996 et 14 de la Constitution libérienne du 19 octobre 1983, consacrent tous la liberté religieuse des citoyens de leurs Etats respectifs. Les Constitutions sénégalaises du 7 janvier 2001, togolaise du 14 octobre 1992, guinéenne du 23 décembre 1990 et bissau-guinéenne de décembre 1996, proclament toutes la laïcité de leurs Républiques, dès leurs articles premiers. La Constitution burkinabé du 2 juin 1991, proclame le caractère laïc de l'Etat dans son article 31 ; les articles 3 et 8 de la

annoncé. D'une part, la laïcité consacre la neutralité de l'Etat face à la société et à ses croyances. D'autre part, elle traduit concrètement la perte d'emprise de la religion sur l'Etat et le refus par celui-ci de faire légitimer le pouvoir temporel par le pouvoir spirituel<sup>27</sup>. Dans une société confrontée aux pesanteurs traditionnelles africaines, la laïcité devient un tremplin, un cadre d'adhésion de la communauté nationale à certaines valeurs républicaines ou supranationales, telles que la non-discrimination, l'égalité des sexes etc.<sup>28</sup>. A l'instar des autres Etats membres de la CEDEAO, la laïcité malienne se manifeste surtout par le choix du constituant malien de 1992 de ne pas adopter une quelconque religion comme religion d'Etat (A). Mais, l'Etat malien garantit la liberté religieuse à tous ses citoyens dans sa constitution, même s'il doit consentir des compromis, souvent complexes pour gérer les faits religieux dans la société (B).

#### *A. Le non-établissement d'une religion d'Etat par la Constitution*

Le pluralisme confessionnel duquel découlent la tolérance et la liberté religieuse, caractéristique de la société malienne, remonte jusqu'aux grands empires du Ghana, du Mali, du Songhoï et a perduré pendant la colonisation. Après l'indépendance du pays, dans la Constitution du 22 septembre 1960 et toutes les Constitutions subséquentes, le peuple malien a proclamé la laïcité de l'Etat (1). Par la suite, le caractère laïc de la République transparaît dans plusieurs textes législatifs, notamment celui portant sur la liberté religieuse et de culte (2).

---

Constitution nigérienne de 2010 consacrent la séparation de l'Etat et de la religion ; la Constitution de la République fédérale du Nigeria du 1999, proclame quant à elle, dans son article 10 le non-établissement d'une religion d'Etat.

<sup>27</sup> P. CAYE et D. TERRE, « Le neutre à l'épreuve de la puissance », *La laïcité, op. cit.*, p. 27-41.

<sup>28</sup> S. HENNETTE VAUCHEZ, « Séparation, garantie, neutralité, ...les multiples grammaires de la laïcité », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Dossier : *La Constitution et la laïcité*, n° 53, 2016, p. 9.

*1. La consécration constitutionnelle de la laïcité malienne*

Le caractère laïc de la République malienne apparaît clairement dans ses textes fondamentaux depuis 1960. La Constitution du 22 septembre 1960 met l'accent sur le caractère laïc de la République dès son article 1<sup>er</sup>. Il apparaît donc, de façon limpide, que le constituant originaire de l'époque n'était favorable ni à l'établissement d'une religion d'Etat, ni à l'implication des confessions religieuses dans les affaires politiques. Par conséquent, il instaure une séparation entre les affaires politiques et les affaires religieuses, en instituant la neutralité confessionnelle de l'Etat, le pluralisme confessionnel du pays, la tolérance mutuelle et la coexistence pacifique de toutes les confessions religieuses, dans un Mali un et indivisible. Aucune discrimination fondée sur la religion n'était tolérée ; au contraire, l'Etat devait assurer l'égalité de tous les maliens devant la loi sans tenir compte de leurs croyances religieuses<sup>29</sup>.

Après le coup d'Etat de 1968, l'ordonnance n° 1 du Comité militaire de libération nationale (CMLN), portant organisation des pouvoirs publics en République du Mali, de même que la Constitution de la deuxième République du 2 juin 1974, l'annoncent dans leurs articles 1<sup>ers</sup>. A noter que la Constitution de 1974 va plus loin que les deux premiers textes fondamentaux, car au delà de l'affirmation du caractère laïc de la République, elle insiste particulièrement sur le caractère laïc de certains droits fondamentaux. Ces droits fondamentaux sont celui de l'égalité des citoyens devant la loi<sup>30</sup>, celui de l'enseignement public<sup>31</sup> et celui d'être électeur ou d'être éligible<sup>32</sup>. De la sorte, cette Constitution sort de l'affirmation générale et théorique de laïcité de l'Etat, cible les domaines précités, poussant ainsi l'Etat à prendre des mesures spécifiques pour une mise en œuvre concrète de la notion de laïcité.

La Constitution de la troisième République malienne du 25 février 1992 va encore plus loin et dès son préambule affirme le caractère laïc

---

<sup>29</sup> Constitution du 22 septembre 1960, article 1<sup>er</sup>.

<sup>30</sup> Constitution du 2 juin 1974, article 1<sup>er</sup>.

<sup>31</sup> Constitution du 2 juin 1974, article 12.

<sup>32</sup> Constitution du 2 juin 1974, article 16.

de l'Etat. Le constituant originaire de 1992 fait évoluer la notion de la laïcité, longtemps affirmée en République du Mali et en fait une des valeurs fondamentales et intangibles non susceptibles de révision par un pouvoir constituant dérivé<sup>33</sup>. Ce faisant, la Constitution du 25 février 1992 met la laïcité de l'Etat sur le même pied d'égalité que la forme républicaine de l'Etat et le pluralisme politique. Aucune norme juridique malienne n'était allée aussi loin dans la consécration du caractère laïc de l'Etat. A noter que les Constitutions du 22 septembre 1960 et celle du 2 juin 1974 ne considèrent que la forme républicaine de l'Etat comme une valeur intangible et non susceptible de révision<sup>34</sup>, pendant que l'ordonnance n° 1 du CMLN de 1968, ne considère aucune de ses dispositions comme intangible.

Par ailleurs, la Constitution de la troisième République stipule que le peuple malien tout entier s'engage solennellement à défendre la laïcité de l'Etat<sup>35</sup>. Cette Constitution, contrairement aux Constitutions précédentes, ne se limite pas à une affirmation théorique de la laïcité, ou à une consécration spécifique relative à tel ou tel droit fondamental, mais instruit au peuple de se battre pour la préservation du caractère laïc de l'Etat. En plus, elle associe clairement la notion de laïcité à d'autres principes fondamentaux de la démocratie qui sont établis sans équivoque. Par conséquent, l'égalité des citoyens en droits et en devoirs, de même que les libertés de pensée, de conscience, d'opinion, de religion et de culte etc. demeurent reconnues et garanties<sup>36</sup>. Le droit à la liberté de conscience et de religion implique concrètement pour le citoyen malien, de choisir sa religion et d'en changer à sa guise sans aucune interférence de l'Etat qui, au nom de sa laïcité constitutionnelle, reste neutre sur le plan confessionnel et indifférent au choix confessionnel de ses citoyens.

En outre, selon les termes de cette Constitution, l'Etat malien, au-delà de la protection du multi-confessionnalisme de ses citoyens, fort

---

<sup>33</sup> Constitution du 25 février 1992, préambule, articles 25 et 118.

<sup>34</sup> Constitution du 2 juin 1974, article 73 et constitution du 22 septembre 1960, article 49.

<sup>35</sup> Constitution du 25 février 1992, préambule.

<sup>36</sup> Constitution du 25 février 1992, articles 2 et 4.

de sa tolérance religieuse historique, se propose d'offrir le droit d'asile sur son territoire à quiconque, qui serait persécuté à cause de ses convictions religieuses<sup>37</sup>. Elle insiste, enfin, sur la laïcité de l'enseignement et sur le respect du principe de la laïcité de l'Etat dans la formation des partis politiques qui concourent à l'expression des suffrages des citoyens<sup>38</sup>.

Cependant, il apparaît utile de souligner qu'en dépit de la proclamation de la laïcité de l'Etat par la Constitution de la troisième République malienne, elle fait référence, dans une de ses importantes dispositions, à *Dieu*, notamment celle de la prestation de serment du président de la République, la première institution de l'Etat<sup>39</sup>. En effet, selon cette disposition, le président élu doit jurer devant Dieu et devant le peuple malien de remplir ses fonctions dans l'intérêt supérieur du peuple. Cette nomination du divin dans la Constitution en général et particulièrement dans le serment du président de la République est une première au Mali. La Constitution du 22 septembre 1960 n'exige pas une prestation de serment pour le président du gouvernement avant sa prise de fonction. Celle du 2 juin 1974, tout en exigeant une prestation de serment pour le président de la République, ne fait aucune référence au divin<sup>40</sup>. Elle n'oblige le président élu, à jurer que devant le peuple malien.

En fait, la mention du divin dans la Constitution n'est pas une spécificité malienne, elle n'est d'ailleurs pas rare en droit constitutionnel comparé<sup>41</sup>, comme le confirme l'analyse des dispositions constitutionnelles d'autres Etats membres de la CEDEAO<sup>42</sup>. La nomination du divin apparaît sous diverses formes soit

---

<sup>37</sup> Constitution du 25 février 1992, article 12.

<sup>38</sup> Constitution du 25 février 1992, articles 18 et 28.

<sup>39</sup> Constitution du 25 février 1992, article 37.

<sup>40</sup> Constitution du 22 septembre 1960, articles 7 et 8, Constitution du 2 juin 1974, article 23.

<sup>41</sup> S. KARAGIANNIS, « Dieu dans les préambules. L'invocation du divin en droit constitutionnel comparé », *Rev. dr. pub.*, n° 3, 2017, p. 625.

<sup>42</sup> Voy. le préambule et l'article 64 de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 ; l'article 37 de la Constitution sénégalaise du 7 janvier 2001 ; le préambule de la Constitution de 1999 du Nigeria ; les articles 50, 74, 89,124

dans les textes constitutionnels ou dans les chartes relatives aux droits humains<sup>43</sup>. Néanmoins, se limiter à citer *Dieu* dans la Constitution sans donner de détails sur son identité précise, peut être interprété dans le sens que le constituant malien de 1992 ne se montre pas neutre en ce qui concerne l'existence d'un *Dieu unique* car, écrit avec la première lettre en majuscule ; ce mot renvoie à une conception monothéiste du divin<sup>44</sup>. De ce fait, les citoyens maliens non croyants et les croyants polythéistes pourraient certainement se sentir désavantagés par cette disposition constitutionnelle. Si un athée, un polythéiste, ou non-croyant devenait président, la prestation du serment constitutionnellement consacré, peut se révéler discriminatoire.

Sans nier l'utilité démocratique que peut avoir une déclaration solennelle avant l'entrée en fonction des hautes autorités de l'Etat<sup>45</sup> ; mais il nous paraît judicieux de nuancer la valeur juridique à accorder à la référence fait au divin dans le serment du président de la République malienne. En effet, la Constitution du 25 février 1992 ne mentionne expressément la prestation de serment que pour deux

---

de la Constitution de 2010 du Niger ; le préambule de la Constitution du 19 octobre 1983 du Liberia ; le préambule de la Constitution du 16 décembre 1996 du Ghana et le préambule de la Constitution de janvier 1997 de la Gambie.

<sup>43</sup> Les droits de l'homme ont mis plus de trois quarts de siècle pour se laïciser. L'invocation de la divinité ou de l'origine de l'homme, comme œuvre divine, a disparu au fur et à mesure que les consécration des droits de l'homme s'accroissaient en Occident. Voy. R. VANDER ELST, « La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux de protection internationale des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, p. 131 et 134.

<sup>44</sup> Dieu (avec une majuscule), dans les religions monothéistes, être suprême, créateur de toutes choses et sauveur du monde ; le Seigneur. Voy. : *Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, p. 380.

<sup>45</sup> L'engagement verbal n'est certes pas susceptible de prévenir la survenance de comportements contraires à cet engagement, mais il crée une rupture dans l'espace et dans le temps. Il entraîne la distinction nécessaire entre le passé et le futur du jureur, c'est-à-dire à la fois entre l'entrée dans de nouvelles fonctions et l'abandon de fonctions antérieures. Voy. F. SAUVAGEOT, « Le serment des hautes autorités étatiques : une institution à développer ? », *Rev. dr. pub.*, n° 1, 2006, p. 201.

institutions de la République sur huit au total, à savoir, le président de la République et la Cour constitutionnelle. Si le serment du président de la République cite *Dieu*, celui des membres de la Cour constitutionnelle ne le mentionne nullement pas<sup>46</sup>. En conséquence, cette référence faite à Dieu, pour la seule et unique fois dans la Constitution de la troisième République, ne devrait pas être interprétée dans un sens qui mettrait en cause la laïcité de l'Etat et la liberté religieuse des citoyens maliens, qui, sont affirmées dans plusieurs dispositions de ladite constitution et inscrites dans les textes législatifs de la République.

## *2. Le cadre législatif de la liberté religieuse au Mali*

La République du Mali ne se limite pas à la proclamation constitutionnelle de la laïcité de l'Etat et la liberté religieuse des citoyens, mais elle élabore un cadre législatif pour sa mise en œuvre concrète, en l'occurrence la loi n° 61-86/AN-RM portant organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes. Promulguée le 21 juillet 1961, soit moins d'un an après l'indépendance du Mali<sup>47</sup>, cette loi pose clairement le principe de la laïcité de l'Etat, dans le sens de la séparation de la sphère politique de la sphère religieuse. Ainsi, interdit-elle la tenue de réunions ou des propos politiques dans les lieux servant habituellement à l'exercice du culte<sup>48</sup>. Conformément aux dispositions constitutionnelles, elle rappelle également le caractère laïc de l'enseignement public, en précisant que l'enseignement religieux ne peut être donné aux enfants inscrits dans les écoles publiques qu'en dehors des heures de cours<sup>49</sup>.

Au nom de la laïcité, l'Etat malien ne rétribue aucun ministre du culte. Malgré cela, la laïcité de l'Etat malien n'instaure pas une

---

<sup>46</sup> Constitution du 25 février 1992, article 93.

<sup>47</sup> Les dispositions de cette loi, comme l'affirme clairement l'ordonnance n° 1 du Comité militaire de libération nationale dans son article 20, sont restées en vigueur, même après les séquences de rupture de l'ordre constitutionnelle, dans la mesure où, elles n'ont pas fait l'objet d'une abrogation expresse.

<sup>48</sup> Loi n° 61-86/AN-RM du 21 juillet 1961 portant sur l'organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes, article 22.

<sup>49</sup> *Id.*, article 25.

séparation stricte entre lui et la sphère religieuse, car il peut, si un intérêt social bien déterminé le justifie, intervenir dans la sphère religieuse, pour y subventionner des œuvres religieuses<sup>50</sup>. De ce fait, en dépit de sa laïcité constitutionnellement établie et consacrée par de nombreuses normes juridiques, l'Etat malien peut construire des édifices culturels à ses frais, et les mettre à la disposition des fidèles, d'une manière inconditionnelle et sans limite de temps<sup>51</sup>.

En plus, cette loi garantit à tous les citoyens, les libertés de conscience et d'opinion religieuse, ainsi que le libre exercice des différents cultes. Selon ses dispositions, l'exercice de la liberté religieuse ne souffre d'aucune limitation juridique dans la sphère privée. Dans la sphère publique, elle ne peut légalement faire l'objet d'aucune restriction excepté, les mesures démocratiques, impérativement nécessaires au maintien de la sécurité publique, à la protection de l'ordre et de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui<sup>52</sup>. De la sorte, pour cause d'ordre public, l'exercice d'aucun culte ne peut être autorisé s'il comporte, soit des pratiques contraires aux bonnes mœurs ou au respect et à l'intégrité de la personne humaine, soit relevant d'une idéologie basée sur le racisme ou la haine<sup>53</sup>. Cela justifie le fait qu'après le violent assassinat du juge de Dioïla en 1998 par les adeptes de la secte islamique des « Pieds-nus », opposés à tout modernisme, leurs responsables ont été condamnés à de lourdes peines, entraînant la déstabilisation de ladite secte<sup>54</sup>. Toutefois, si l'Etat doit s'assurer du respect de l'ordre public par les associations et congrégations religieuses dans le cadre de l'exercice de leur liberté religieuse, il ne s'agit nullement pas pour lui de restreindre, de façon injustifiée la liberté religieuse<sup>55</sup>, car il doit lui-

---

<sup>50</sup> *Id.*, article 3.

<sup>51</sup> *Id.*, article 18.

<sup>52</sup> *Id.*, article 21.

<sup>53</sup> *Id.*, article 2.

<sup>54</sup> S. DANIEL, « Au Mali, les “Pieds-Nus” composent une secte opposée à tout modernisme », AFP, 2005, en ligne : <https://www.cmm.asso.fr/104-au-mali-les-pieds-nus-composent-une-secte-opposee-a-tout-modernisme/>, consultée le 10 novembre 2018.

<sup>55</sup> G. HAASCHER, *op. cit.* p. 82.

même être astreint, au respect des droits de l'homme de valeur supranationale<sup>56</sup>.

Soulignons, par ailleurs, que la création d'établissements religieux, de missions, de congrégations, de même que, la construction des édifices destinés à l'exercice public du culte<sup>57</sup> est soumise à une autorisation préalable des autorités politiques en République du Mali<sup>58</sup>. Cependant, dès la création des congrégations religieuses, l'Etat malien n'interfère pas dans leur gestion interne, car elles bénéficient de l'autonomie de gestion<sup>59</sup> et ce principe ne souffre que de très peu d'exceptions<sup>60</sup>. Leurs conseils d'administration, en tant que personnes morales de droit privé, investis de la personnalité civile, ont pleins pouvoirs pour administrer et disposer des biens appartenant à l'organisme qu'ils représentent. Ils peuvent, en outre, ester en justice et y défendre les intérêts de leurs congrégations<sup>61</sup>.

Cependant, la proclamation constitutionnelle et la consécration législative de la laïcité est une chose, sa mise en œuvre, surtout le volet de la liberté d'exercice du culte dans la société, en est une autre. En instituant la laïcité, l'Etat ne peut en aucun cas se limiter à

---

<sup>56</sup> Voy. charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'article 8 : « La liberté de conscience, la profession et la pratique libre de la religion, sont garanties. Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés. » Et la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, l'article 18, auxquels le Mali souscrit dans le préambule de la Constitution du 25 février 1992.

<sup>57</sup> Loi n° 61-86/AN-RM du 21 juillet 1961, article 17.

<sup>58</sup> *Id.*, article 4.

<sup>59</sup> *Id.*, article 5.

<sup>60</sup> D'une part, ces exceptions au principe de l'autonomie de gestion, sont relatives notamment à l'obtention de l'agrément préalable du ministre de tutelle pour la composition des conseils d'administration, l'acquisition par les conseils d'administration de certains biens et l'acceptation de legs ou de dons immeubles, mobiliers ou en espèces. D'autre part, elles concernent l'obligation imposée aux congrégations religieuses, d'informer les pouvoirs politiques en cas d'organisation de cérémonies, processions et autres manifestations extérieures du culte. Voy. : Loi, *id.*, articles 6, 9, 10, 11, 23 et 24.

<sup>61</sup> *Id.*, article 8.

légiférer, il ne peut ignorer les faits religieux dans la société, au contraire il doit le gérer. Dans la sphère privée, la laïcité commande à l'Etat l'indifférence face aux croyances, mais dans la sphère publique, elle lui commande d'intervenir pour réguler sa mise en œuvre concrète. Selon toute vraisemblance, sans l'intervention de l'Etat, les adeptes de certaines confessions risquent de ne pas pouvoir jouir de leur droit à l'exercice de la liberté religieuse, pendant que d'autres pourront peut-être en abuser. L'Etat malien n'échappe pas à cette exigence de la laïcité, il se voit obligé d'intervenir dans la société, pour non seulement légiférer mais aussi poser d'autres actions concrètes, en vue d'une gestion judicieuse des faits religieux tels qu'ils se présentent à lui.

### ***B. La problématique de la gestion des faits religieux***

Le phénomène religieux en tant que fait historique, comme c'est le cas au Mali, est antérieur à l'Etat moderne et à ses lois. En tant que fait social, il est profondément ancré dans la société à tel point que le pouvoir politique ne peut se permettre de l'ignorer. De ce fait, les autorités politiques sont contraintes de composer avec les faits religieux dans la société. La seule option viable qui s'offre à elles, est la gestion optimale des phénomènes religieux. Néanmoins, si le principe de la liberté religieuse est juridiquement établi en République du Mali (1), l'Etat est fréquemment obligé de faire des compromis pour sa mise en œuvre, dans l'objectif de garantir la stabilité et la cohésion sociale (2).

#### *1. La mise en œuvre de la liberté religieuse juridiquement établie*

La neutralité religieuse de l'Etat malien qui découle du principe constitutionnel de laïcité, n'est pas synonyme d'ignorance des faits religieux. Au contraire, l'Etat est contraint, au nom de la même laïcité d'intervenir pour garantir la liberté de culte. Cela peut être considéré comme la conséquence logique de la liberté de conscience, autrement dit la reconnaissance de cette dernière par la Constitution<sup>62</sup> n'aurait

---

<sup>62</sup> Constitution du 25 février 1992, article 4.

pas de sens. Pour ce faire, l'intervention de l'Etat comporte deux volets. Un volet juridique, où il va légiférer sur la liberté religieuse et un volet pratique, relatif à tous les efforts concrets qu'il doit consentir pour faire du droit à la liberté d'exercice des cultes, une réalité au quotidien, et cela, pour chaque citoyen.

En ce qui concerne le premier volet, selon la Constitution, les citoyens maliens ont le droit de manifester leurs religions ou leurs convictions. Ils peuvent le faire individuellement ou collectivement, quand ils le veulent, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites, conformément aux lois en vigueur, notamment la loi n° 61-86/AN-RM du 21 juillet 1961. Cela dit, concernant le second volet pour faire de la liberté une réalité, l'Etat malien depuis l'indépendance, s'est attelé tout d'abord à laïciser ses lois<sup>63</sup>. Concrètement, il a laïcisé son administration<sup>64</sup>, mais il a surtout aménagé sa laïcité de telle sorte qu'il pouvait, de lui-même aider les confessions religieuses sur son territoire, tout en se gardant bien de les autoriser à intervenir dans son domaine propre.

Contrairement à la France, de laquelle il a hérité sa laïcité, comme souligné plus haut, le Mali peut légalement subventionner des œuvres religieuses présentant un intérêt social bien déterminé. Il peut même, construire des édifices dédiés aux cultes en toute légalité à condition toutefois, de les mettre inconditionnellement et sans limite de temps à la disposition des fidèles<sup>65</sup>. Il est important de signaler à ce niveau, l'implication des autorités maliennes pour la construction de la grande mosquée de Bamako en 1976, qui est le fruit d'une coopération

---

<sup>63</sup> Code pénal du Mali, article 58 ; ordonnance n° 91-075/PCTSP du 10 octobre 1991, article 43 ; la loi n° 05-047/ du 18 août 2005 portant charte des partis politiques, article 45.

<sup>64</sup> La loi n° 98-0 12 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics dans son article 5, ainsi que son décret d'application n° 03-580 / P-RM du 30 décembre 2003 également dans son article 5, établissent le principe de la non-discrimination pour motif religieux.

<sup>65</sup> Loi n° 61-86/AN-RM du 21 juillet 1961, portant sur l'organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes, articles 3 et 18.

bilatérale entre le Royaume d'Arabie Saoudite et la République du Mali<sup>66</sup>.

De plus, vu l'importance du pèlerinage à La Mecque pour la communauté musulmane du Mali, l'Etat intervient dans son organisation depuis plusieurs années. Notons que ces différents gestes de l'Etat à l'endroit des religieux, dans la gestion des faits religieux, découlent des compromis complexes, qu'il est tenu de faire en vue de créer un climat social paisible<sup>67</sup>. De la sorte, vu les efforts consentis par l'Etat malien en faveur des confessions religieuses, la séparation entre les affaires de l'Etat et celles religieuses, est demeurée la règle sous la première et la seconde République.

Nonobstant ce qui précède, durant la période de transition de 1991 à 1992, beaucoup d'associations confessionnelles virent le jour et certaines d'entre elles, islamiques pour la plupart, ont investi l'espace public pour prendre part au débat politique. Cette nouvelle donne mettait à dure épreuve la laïcité de l'Etat malien, car ces associations islamiques, pendant le débat autour de la nouvelle constitution, pesaient de tout leur poids pour engager le Mali sur la voie d'une islamisation officielle<sup>68</sup>. Certaines associations confessionnelles ambitionnaient même de se constituer en partis politiques et participer à l'exercice du pouvoir politique dans le futur.

---

<sup>66</sup> La Grande mosquée de Bamako, construite en 1948, a été reconstruite à partir de 1966 grâce au soutien du Royaume d'Arabie saoudite, sous la direction du roi Fayçal. Elle fut inaugurée le 30 juillet 1976 par le président de la République de l'époque, le général Moussa Traoré. Par décret présidentiel, pris en conseil des ministres le 5 avril 2017, elle a été baptisée du nom du roi Fayçal Ben Abdoul Aziz Al Saoud. Voy. : O. D. « Religions : La Grande mosquée de Bamako baptisée du nom du roi Fayçal », 10 avril 2017, en ligne : <https://www.afribonemali.net/spip.php ? article78203>, consultée le 09 novembre 2018.

<sup>67</sup> Un cas similaire existe tout de même en France. La loi française de 1905, a fait l'objet de certaines dérogations, en l'occurrence pour permettre le financement de la construction de bâtiments ayant un caractère à la fois cultuel et culturel. Cela permit par exemple l'édification de la mosquée de Paris en 1922 et celle du musée d'art sacré. Voy. F. NICOUUD, « Laïcité et expression religieuse », *Petites affiches*, n° 9, 2013, p. 4.

<sup>68</sup> A.-S. SOW, *op. cit.*, p. 343.

Pendant la conférence nationale, les débats autour de la laïcité des partis politiques et l'interdiction des partis politiques à caractère confessionnel, ont été très houleux. Le combat contre la laïcité des partis politiques, était en réalité, une façon de remettre en cause le caractère laïc de l'Etat malien. Ainsi ont-ils entrepris, avant le référendum, une campagne contre la nouvelle Constitution en faisant des affiches, avec le slogan : « Le Coran est notre meilleure Constitution ». Mais en définitive, la Constitution maintient le caractère laïc des partis politiques<sup>69</sup>.

Malgré cela, la Constitution de la troisième République malienne a reçu l'adhésion du peuple lors du référendum et a été promulguée le 25 février 1992. Dès son préambule, elle affirme sans ambiguïtés que « le peuple souverain du Mali s'engage solennellement à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'Etat. » Par conséquent, au Mali, la vie sociale a été régulée au rythme de la laïcité de l'Etat, le multi confessionnalisme de la société et la coexistence pacifique des différentes confessions religieuses. De nombreux droits tels que la mixité hommes et femmes, la consommation de l'alcool, les jeux de hasard, etc. ne sont pas interdits comme c'est le cas dans certains pays islamiques<sup>70</sup>. L'article 118 de la Constitution va plus loin en instaurant l'intangibilité de la laïcité de l'Etat malien, démontrant l'importance de la laïcité dans la société.

Paradoxalement, lors de la révision du Code des personnes et de la famille en 2011, après l'intervention des groupes religieux musulmans en vue de la prise en compte de leurs aspirations, beaucoup de ses dispositions, comme nous allons le voir dans la suite de cette étude,

---

<sup>69</sup> « Les partis concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent librement leurs activités dans les conditions déterminées par la loi. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale, de la démocratie, de l'intégrité du territoire, de l'unité nationale et la laïcité de l'Etat. » Constitution du 25 février 1992, article 28.

<sup>70</sup> H. EL KAROUI, *La fabrique de l'islamisme*, Institut Montaigne, 2018, p. 10.

ont été amendées<sup>71</sup> ; toute chose qui démontre à suffisance l'influence grandissante des religieux dans la société malienne.

*2. L'influence grandissante des religieux sur le pouvoir politique*

La laïcité implique le refus de l'assujettissement de l'Etat à la religion, la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'Etat vis-à-vis des religions<sup>72</sup>. Il est vrai que le Mali n'ayant pas établi de religion officielle, n'est pas juridiquement un Etat religieux, mais vu que sa population est très religieuse, il se garde bien de sous-estimer les manifestations du phénomène religieux sur son territoire. Concrètement, malgré sa laïcité, l'Etat se donne les moyens de gérer les faits religieux, en vue d'endiguer ses expressions publiques pour éviter tout débordement hors du cadre réservé aux religions.

Au Mali, même si une partie de la population reste attachée aux croyances ancestrales, ou n'adhère à aucune religion monothéiste, les confessions religieuses sont surtout composées des religions monothéistes qui exercent une influence certaine sur l'Etat dans leurs relations réciproques<sup>73</sup>. En effet, dans beaucoup d'Etats ouest-africains, soit les autorités politiques tentent de contrôler la religion ou de la surveiller, soit ce sont les leaders religieux qui cherchent à peser dans l'arène politique<sup>74</sup>. Ce dernier cas de figure correspond plutôt à la situation qui prévaut au Mali depuis quelques années. Si l'idée de l'institutionnalisation de l'islam au Mali, prônée par certains

---

<sup>71</sup> Cinquante et un amendement ont été apportés au texte initial du Code des personnes et de la famille, après les revendications des groupes religieux musulmans.

<sup>72</sup> F. NICOUD, art. préc., p. 4.

<sup>73</sup> Selon le rapport de 2016 sur la liberté de religion dans le monde, le paysage religieux du Mali est dominé par trois grands groupes, à savoir les musulmans environ 95 %, les chrétiens catholiques et protestants, sont estimés à environ 3 % et les groupes pratiquant des croyances religieuses autochtones et ceux qui n'adhèrent à aucune religion représentent environ 2 % de la population. Voy. : Ambassade des Etats Unis au Mali, *Rapport sur la liberté de religion dans le monde*, 2016, en ligne : <https://ml.usembassy.gov/fr/rapport-2016-sur-la-liberte-de-religion-dans-le-monde-le-mali/>, consultée le 14/11/2018.

<sup>74</sup> J.-F. BAYART, art., préc. p. 10.

groupes islamiques durant la transition de 1991 à 1992 a changé de forme, elle ne s'est point affaiblie. Pour preuve, en 2002 devant l'influence grandissante des religieux musulmans dans la société, leur ambition de jouer un rôle important dans le domaine habituellement réservé au pouvoir politique, l'Etat a cédé et autorisé la création du Haut conseil islamique du Mali (HCIM) comme cadre formel pour les représenter.

Le HCIM, selon son statut, s'intéresse à tous les problèmes du Mali, des musulmans et des musulmanes, dans tous les domaines, sans exception. Il remplit une mission de service public, mais il œuvre surtout pour la sauvegarde des valeurs et principes de l'islam en vue de sa consolidation et de son épanouissement. A ce titre, il est l'interlocuteur qualifié des pouvoirs publics au nom de la communauté musulmane du Mali<sup>75</sup>. En prenant en compte ses objectifs et ses missions d'une part, en observant le dynamisme des associations islamiques dans la société malienne d'autre part, on arrive à la conclusion que l'essentiel de leurs propositions tourne autour de la prise en compte des valeurs islamiques, au sein de la société. En clair, de la sphère confessionnelle, l'islam au Mali, s'est peu à peu introduit dans l'espace politique bien que la Constitution, au nom de la laïcité de l'Etat défend formellement toute interférence entre l'Etat et la religion.

Si les autorités politiques, dans le passé, intervenaient pour faciliter le pèlerinage des fidèles musulmans à La Mecque, depuis 2004, elles sont officiellement engagées dans son organisation et sa gestion à travers un établissement public à caractère administratif, doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, à savoir la Maison du Hadj<sup>76</sup>. L'implication de l'Etat malien dans l'organisation du Hadj<sup>77</sup>, comme c'est le cas dans d'autres pays de la sous région<sup>78</sup>,

---

<sup>75</sup> Statut du Haut conseil islamique du Mali, article 6 et 7.

<sup>76</sup> Loi n° 04 - 028 du 27 juillet 2004, portant création de la Maison du Hadj.

<sup>77</sup> Le conseil d'administration de la Maison du Hadj est composé, en plus des représentants du Haut conseil islamique du Mali, d'un représentant des travailleurs de la Maison du Hadj et des représentants des agences de voyage agréées. Il comporte également des représentants des ministres chargés de l'administration territoriale, de la santé, de la sécurité, de la communication,

peut s'expliquer par l'intérêt social<sup>79</sup> que représente le pèlerinage pour une partie de sa population.

Par ailleurs, dans la société malienne, il existe une sorte de bras de fer entre le politique et le religieux, chacun d'eux veut protéger, et cela, par tous les moyens, son domaine propre, comme l'a démontré le processus de révision du code des personnes et de la famille en 2009. Après la grande mobilisation de la communauté musulmane du Mali et la Fatwa<sup>80</sup> prononcée contre le Code des personnes et de la famille, la loi votée avec une large majorité à l'Assemblée nationale, y a été renvoyée pour procéder à sa relecture. Par la suite, 51 amendements ont été apportés à la première version, jugée par certains religieux *trop occidentalisée* et contraire aux valeurs de la société malienne, ou du moins islamiques.

Dans sa première mouture, ce Code affirmait clairement le caractère laïc et public du mariage, qui devait être célébré exclusivement devant l'officier de l'état civil, entre un homme et une femme, âgés tous deux de 18 ans révolus. Compte tenu des protestations des mouvements islamiques, après relecture, le Code met uniquement l'accent sur le caractère public du mariage en ignorant son caractère laïc. En outre, le mariage peut désormais être célébré, en plus de l'officier de l'état civil, devant le ministre du culte<sup>81</sup>, et ce, entre un homme âgé de 18 ans et une femme âgée de 16

---

des finances et du développement social. Voy. décret n°4-465 PRM du 20 octobre 2004, fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de la Maison du Hadj, article 4.

<sup>78</sup> S. KIENOU MÉDARD, art., préc. p. 1375.

<sup>79</sup> Loi n° 61-86/AN-RM, portant sur l'organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes, art. 3.

<sup>80</sup> Dans la religion islamique, consultation juridique donnée par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle ; décision ou décret qui en résulte. Voy. *Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, p. 485.

<sup>81</sup> Une distinction doit être faite, à ce niveau, entre le ministre du culte au sens de l'article 280 du Code des personnes et de la famille du Mali et le ministre des affaires religieuses et du culte. Le premier fait référence à la personne qui préside aux cérémonies religieuses (prêtre, pasteur, imam, aumônier, etc.). Le second est le titulaire du portefeuille ministériel des affaires religieuses et du culte.

ans<sup>82</sup>. En plus, si l'égalité entre l'homme et la femme était établie par l'ancienne mouture du Code, cette disposition, considérée comme une des grandes avancées de ce code, a été révisée. Dans le foyer, la soumission de la femme reste la règle. En matière de dévolution d'héritage, l'inégalité entre le garçon et la fille, d'une part et entre l'enfant né dans les liens du mariage et celui né hors mariage, d'autre part, a aussi été ravivée. Par ailleurs, si l'adoption d'un enfant est un droit reconnu aux citoyens maliens, les homosexuels ne sont, en aucun cas, admis à la faire<sup>83</sup>.

La volteface des pouvoirs politiques sur la révision du Code des personnes et de la famille, consacre clairement, la victoire du religieux dans un domaine habituellement réservé au politique. Les pouvoirs politiques ont reculé certes, pour éviter une déstabilisation de toute la société malienne<sup>84</sup>, mais cela démontrait explicitement que les groupes religieux islamiques avaient désormais acquis, la position de groupes de pression sur l'Etat. Cette victoire des religieux, qui sera d'ailleurs revendiquée comme telle lors de la crise du Nord du pays par le président du Haut conseil islamique du Mali, montrait aussi, d'une façon implicite, un processus de radicalisation de certains groupes islamiques maliens. Il convient de souligner que le nombre de ces groupes islamiques conservateurs en voie de radicalisation, est en constante augmentation, depuis quelques années au Mali, à l'instar de

---

<sup>82</sup> Voy. les moutures avant et après relecture des articles 281 et 282 du Code des personnes et de la famille du Mali.

<sup>83</sup> Loi n° 2011-087 portant Code des personnes et de la famille du 30 décembre 2011, articles 311, 748 et 518.

<sup>84</sup> En 2016, suite à une requête déposée par l'Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes et *the Institute for Human Right and Développent in Africa* devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, l'Etat malien a été condamné par cette dernière, à modifier les dispositions contestées du Code. Il doit l'harmoniser avec les instruments internationaux, dont il est signataire et prendre toutes les dispositions utiles, afin de mettre fin aux violations constatées. Voy. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA), contre République du Mali. Requête n° 046/2016, arrêt du 11 mai 2018.

beaucoup de pays ouest-africains<sup>85</sup>. Sans être représentatifs de toute, ni même de la majeure partie de la communauté musulmane du Mali, certains de ces groupes avaient clairement des positions assez proches de celles des djihadistes qui ont attaqué le Mali en 2012. En conséquence, dans le milieu des musulmans conservateurs, beaucoup ont tergiversé pendant des mois, avant de condamner l'attaque des djihadistes contre le pays au nom de l'islam.

Sur la base de ce qui précède, nous pouvons affirmer que la laïcité, même inscrite dans les textes juridiques d'un Etat, n'est jamais acquise une fois pour toute. Elle demeure plutôt, un état d'esprit toujours en construction par la volonté, le courage, l'abnégation et la responsabilité des citoyens, d'une part et des hommes d'Etat, d'autre part. De ce fait, la question de l'effectivité de dispositions constitutionnelles et législatives de la laïcité de l'Etat malien reste posée, face à la montée de l'extrémisme violent.

## **II. L'ineffectivité des dispositions textuelles de la laïcité face à l'extrémisme violent**

La laïcité vise à créer dans la société un cadre harmonieux de vivre ensemble, de tolérance et la coexistence pacifique de toutes les croyances religieuses, de n'importe quel bord politique, origine ethnique ou géographique. Dans le domaine de la liberté religieuse, la tolérance peut impliquer une double indifférence, vis-à-vis des choix religieux de l'individu dans la société, en l'occurrence, celle de l'Etat et celle des autres citoyens. En effet, l'Etat laïc est indifférent au choix « convictionnel » des citoyens, qui relève du domaine de la conscience. En conséquence, aux yeux de l'Etat, la conscience de l'incroyant n'a pas plus de valeur que celle du croyant. L'un et l'autre devraient être satisfaits dans l'exercice de leur liberté de conscience dans la société, tant que leurs exigences ne troublent pas l'ordre public<sup>86</sup>. La tolérance des citoyens vis-à-vis des autres, est basée sur

---

<sup>85</sup> M. MIRAN, *Côte d'Ivoire : le wahhabisme à Abidjan : dynamisme urbain d'un islam réformiste en Côte d'Ivoire contemporaine (v. 1960-1996)*, Islam et Sociétés au Sud du Sahara, n° 12, 1998 : 5-74.

<sup>86</sup> J. RIVERO, art. préc. p. 259.

leur indifférence à leurs croyances et se manifeste par leur capacité à faire une place, sans crainte, à une communauté plus faible, en vue d'une vie sociale harmonieuse<sup>87</sup>.

Un des volets de cette double indifférence vis-à-vis des choix religieux de l'individu, a fait défaut au Mali lors de la crise du Nord du pays en 2012, quand la laïcité, ce principe intangible de la Constitution du 25 février 1992, a été remise en cause sur une partie du territoire national où la charia islamique a été imposée aux citoyens (A). Aussi, en réaction à la prolifération des actions djihadistes et de l'extrémisme religieux, l'Etat, conformément à l'engagement solennel du peuple souverain dans le préambule de la constitution du 25 février 1992, de préserver le caractère laïc de l'Etat, a décidé d'endiguer les faits religieux dans la société, en réaffirmant le droit à la liberté religieuse au Mali (B).

#### **A. La laïcité, un principe constitutionnel intangible remis en cause**

La laïcité impliquant la tolérance du pluralisme religieux dans la société, est censée être un rempart contre l'émergence et l'enracinement dans la société, du droit à la différence, basée sur des revendications identitaires, communautaires ou religieuses<sup>88</sup>. Mais la montée de l'extrémisme violent en 2012 au Mali, témoigne de l'incapacité de l'Etat à fédérer tous ses citoyens, autour de certains principes constitutionnels dont celui de la laïcité de la République<sup>89</sup>. La violation du principe constitutionnel intangible de la laïcité (1) a eu de réelles conséquences sur le système juridique malien, notamment l'imposition d'un système judiciaire non laïc à certains citoyens d'un Etat constitutionnellement laïc (2).

---

<sup>87</sup> O. ABEL, « Tolérance et laïcité », *La laïcité, op. cit.* p. 21.

<sup>88</sup> J. SAYAH, « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *Rev. dr. pub.*, n° 4, 2006, p. 915.

<sup>89</sup> N. KEITA *De l'identitaire au problème de la territorialité. L'OCRS et les sociétés Kel Tamacheq du Mali*, GEMDEV et Université du Mali (éds.), Mali-France. Regards sur une histoire partagée, Bamako/Paris : Donniya et Karthala, 2005, p. 91-121.

1. *La violation du principe intangible de la laïcité*

La laïcité comme principe constitutionnel, est un garde-fou, une garantie essentielle des libertés publiques contre le fanatisme, la violence et la haine sociale car elle prône la tolérance religieuse. La laïcité au Mali, a été élevée par le pouvoir constituant originaire de 1992, au niveau des principes constitutionnels immuables, intangibles que la doctrine qualifie de clauses d'éternité<sup>90</sup>. Seules trois dispositions de la Constitution du 25 février 1992, en l'occurrence, la laïcité, la forme républicaine de l'Etat et le multipartisme sont considérées comme immuables<sup>91</sup>. Avant d'analyser les conséquences juridiques de la violation du principe intangible de la laïcité de l'Etat malien, il n'est pas sans intérêt de se poser la question de savoir, ce que peut être la valeur juridique de l'introduction d'une clause d'éternité dans une Constitution.

Juridiquement, l'intérêt de la clause d'éternité se voit clairement en matière de révision constitutionnelle, dans la mesure où, à ce niveau, elle impose une limitation au pouvoir constituant dérivé en créant une distinction entre les dispositions susceptibles de faire l'objet d'une révision et les dispositions non susceptibles de révision. Par conséquent, la Constitution ne peut être révisée que sous réserve de respecter les dispositions intangibles de la constitution elle-même<sup>92</sup>.

La clause d'éternité peut être également une soupape de sécurité, utilisée par le pouvoir constituant originaire, pour bloquer toute tentative du pouvoir constituant dérivé visant la suppression ou la réduction de certains droits ou valeurs acquis, qu'il souhaiterait préserver. Ainsi, le constituant originaire de 1992 dès le préambule de la constitution, affirme-t-il sa volonté de préserver et de renforcer les acquis démocratiques de la Révolution du 26 Mars 1991 et s'engage

---

<sup>90</sup> H. RABAULT, « La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle », *Petites affiches*, n° 173, 2004, p. 3.

<sup>91</sup> Constitution du 25 février 1992, article 118.

<sup>92</sup> M. CLAPIE, « les limites au pouvoir de révision du congrès du parlement a propos de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 loi constitutionnelle n°99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la constitution, *J.O.* n° 21 du 26 janvier 1999, p. 1343. (38), *Petites affiches*, n° 71, p. 25.

solennellement à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'Etat. A noter que les déclarations dans le préambule d'une Constitution sont d'une importance capitale, car elles énoncent des principes exprimant les valeurs que les constituants concrétisent dans le texte de la Constitution<sup>93</sup>.

En définitive, en matière de révision constitutionnelle, la violation du principe de la laïcité de l'Etat peut être un motif pour déclarer une loi de révision, inconstitutionnelle<sup>94</sup>. Hormis ce cas spécifique, il paraît nécessaire de s'interroger sur les conséquences juridiques de la violation d'une clause d'éternité dans un autre contexte, comme ce fut le cas du principe immuable de la laïcité au Mali en 2012. En fait, si la Constitution de la troisième République malienne rend immuable le principe de la laïcité de l'Etat, et engage le peuple à le défendre, elle ne prévoit aucune sanction contre une violation de cette disposition dans un autre contexte que celui de la révision constitutionnelle.

De son côté, le principal cadre législatif pour la traduction de la laïcité dans les faits, en l'occurrence, la loi n° 61-86/AN-RM relative à l'organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes, ne prévoit que des peines de simple police<sup>95</sup> en cas de violation de ses dispositions. Néanmoins le Code pénal punit toute manifestation contraire à la liberté de conscience et à la liberté de culte, susceptible de dresser les citoyens les uns contre les autres, d'un emprisonnement de un à cinq ans et facultativement de cinq à dix ans d'interdiction de séjour<sup>96</sup>.

Les conséquences juridiques de la montée de l'extrémisme religieux violent ont été énormes dans la société malienne, car les islamistes qui ont déclaré la guerre à la République, avaient un seul objectif, à savoir l'application d'un système juridique non laïc.

---

<sup>93</sup> S. KARAGIANNIS, art., préc. p. 625.

<sup>94</sup> Cour constitutionnelle du Mali, « Avis N° 2017-01/CCM /Réf. du 6 juin 2017 relatif à la loi n° 2017-031/ AN-RM du 2 juin 2017 portant révision de la Constitution du 25 février 1992 », 6 juin 2017, p. 2.

<sup>95</sup> *Id.*, article 28.

<sup>96</sup> Loi n° 01-79 du 20 août 2001, portant Code pénal, article 58.

L'application de la charia islamique dans son acception la plus rude<sup>97</sup>, était clairement une violation flagrante du principe de la laïcité de l'Etat malien. Un tel projet n'aurait point pu se réaliser au Mali, sans la conquête armée d'une partie du territoire par les djihadistes.

De ce fait, dans le cadre d'une alliance entre le Mouvement national de libération de l'Azawad (MNLA), qui réclamait l'indépendance d'une partie du Nord du Mali, les mouvements djihadistes à savoir Ançar Dine, Al Quaïda au Maghreb islamique (AQMI) et le Mouvement pour l'unicité et le djihad en Afrique de l'Ouest (MUJAO), ont entamé la conquête des régions de cette zone, plongeant ainsi tout le pays dans une grave crise sécuritaire et politique<sup>98</sup>. En violation des dispositions constitutionnelles maliennes<sup>99</sup>, le MNLA proclame unilatéralement l'indépendance de la

---

<sup>97</sup> M. MEMIER, « AQMI et Al-Mourabitoun : le djihad sahélien réunifié ? », *Études de l'Ifri*, 2017, p. 21.

<sup>98</sup> Cette crise a eu des répercussions bien au-delà du nord du pays et a été un leitmotiv pour les auteurs du coup d'Etat du 22 mars 2012, selon leur communiqué lu à la télévision nationale, le soir du putsch. Trois des cinq « considérants » du communiqué du CNDRE font référence à la crise du Nord et à la lutte contre le terrorisme : « Considérant l'incapacité notoire du régime à gérer la crise qui sévit au Nord du Mali, considérant l'inaction du Gouvernement à doter des moyens adéquats, les forces armées et de sécurité, pour accomplir leurs missions de défense de l'intégrité du territoire national, (...) considérant l'incapacité du régime à lutter de manière efficace contre le terrorisme et à restaurer la dignité du peuple malien, face à son devoir de sauvegarder la Constitution, la force républicaine de l'Etat et les acquis démocratiques (...) » Voy. déclaration n°1 du Comité national pour le redressement de la démocratie et la restauration de l'Etat (CNRDRE) du 22 mars 2012.

<sup>99</sup> La Constitution du 25 février 1992 affirme le caractère indivisible de la République du Mali dans son article 25. Elle insiste sur le respect du principe de l'unité nationale dans son article 28 après l'avoir affirmé dans son préambule. Elle annonce clairement dans son article 26, qu'aucune fraction, ni aucun individu, ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale. Quant à l'intégrité du territoire national, la Constitution affirme dans de nombreuses dispositions (articles 28, 29, 37), qu'elle doit être garantie et respectée. L'intégrité du territoire est d'une telle importance que même l'exercice des pouvoirs exceptionnels du président de la République au sens

zone militairement occupée, qu'il nomme *République de l'Azawad*, tandis que les groupes armés djihadistes salafistes, annoncent de leur côté, l'application de la charia, la loi islamique<sup>100</sup>. Par la suite, malgré leur commune volonté de lutter contre les autorités maliennes, le désaccord entre les mouvements djihadistes et le mouvement Touareg laïc, sur l'instauration de la charia au Nord du pays et leur projet de l'étendre à l'ensemble du territoire malien, a fini par avoir raison de leur fragile coalition. Le mouvement indépendantiste MNLA, a été évincé des zones conquises et les djihadistes ont instauré la charia islamique<sup>101</sup>.

En conséquence, le Mali ayant perdu l'intégrité de son territoire et l'exercice de sa souveraineté sur l'ensemble de son territoire, le caractère intangible du principe de la laïcité de l'Etat, n'a pas pu empêcher sa violation. Un rapprochement peut être fait de ces trois importants concepts inscrits dans la Constitution du 25 février 1992, à savoir le caractère laïc de la République, le respect de l'intégrité du territoire et celui de la souveraineté de l'Etat. Une analyse des dispositions de la Constitution, permet de voir que les concepts de souveraineté et de l'intégrité territoriale, sans être des clauses d'éternité au même titre que la laïcité de l'Etat, le multipartisme et la forme républicaine de l'Etat, ils sont tout de même d'une importance capitale<sup>102</sup>. Pour preuve, au même titre que les clauses d'éternité précitées, la menace de l'intégrité du territoire, autrement dit, le non exercice de la souveraineté sur la totalité du territoire peut être également, une limite à la révision constitutionnelle<sup>103</sup>.

---

de l'article 50, ne doit la compromettre. De même, l'article 118 considère sa violation comme une limite à toute procédure de révision constitutionnelle.

<sup>100</sup> FIDH, *Mali : La justice en marche*, Rapport n° 628, mars 2014, p. 5.

<sup>101</sup> J. DUFOUR, « Groupes armés au nord-Mali : état des lieux », Note d'analyse du GRIP, 2012, Bruxelles, p. 10.

<sup>102</sup> Selon l'article 50, l'application des pouvoirs exceptionnels par le président de la République ne doit en aucun cas compromettre la souveraineté nationale ni l'intégrité territoriale. Les deux concepts apparaissent également à côté de celui de la laïcité dans les articles 25 et 28.

<sup>103</sup> Constitution du 25 février 1992, article 118.

Ces concepts deviennent même indispensables à la concrétisation du principe de la laïcité de l'Etat. De ce fait, d'une part, la Constitution dispose que la souveraineté nationale appartient au peuple tout entier et qu'aucune fraction du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice<sup>104</sup>. D'autre part, elle affirme que le Mali est une République laïque. Cependant, ces affirmations n'auront de sens que, si l'Etat contrôle la totalité de son territoire, pour prétendre y exercer sa souveraineté et sa laïcité.

Par conséquent, nous pouvons déduire que, dès que l'Etat perd le contrôle d'une partie de son territoire national, comme ce fut le cas en 2012 dans le Nord du pays (*violation du principe du respect de l'intégrité du territoire*), une fraction du peuple ou un individu, contrairement aux dispositions constitutionnelles, peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté sur cette partie du territoire (*violation du principe du respect de la souveraineté nationale*) et appliquer un système juridique non laïc (*violation du principe de la laïcité de l'Etat*). En conséquence, la perte du contrôle des autorités maliennes sur les zones occupées en 2012, peut expliquer l'incapacité manifeste de l'Etat à empêcher l'imposition d'un système judiciaire non laïc à ces citoyens dans le Nord du pays, malgré l'intangibilité de ce principe constitutionnel.

*1. L'imposition d'un système judiciaire non laïc aux citoyens d'un Etat laïc*

En proclamant le caractère laïc de l'Etat, la Constitution de la troisième République du Mali a instauré un système judiciaire laïc. Le pouvoir judiciaire, gardien des libertés définies par la Constitution, veille à leur respect conformément aux lois de la République<sup>105</sup>. Mais cette laïcité du système judiciaire, a été mise à rude épreuve par la montée de l'extrémisme religieux en 2012, quand des groupes islamiques radicaux, dont certains se réclamaient de la citoyenneté malienne, ont imposé l'application de la charia à une partie du territoire national. Mais l'on peut naturellement se questionner sur la

---

<sup>104</sup> Constitution du 25 février 1992, article 26.

<sup>105</sup> Constitution du 25 février 1992, article 81.

pertinence de l'application de la charia islamique dans un système juridique constitutionnellement laïc.

Tout d'abord, pour éviter l'équivoque, soulignons que le terme charia, étymologiquement se réfère au *chemin à suivre pour respecter la loi de Dieu*, mais il convient de souligner la difficulté de la doctrine et des différentes écoles de l'Islam à s'accorder sur une conception unitaire de la charia. En effet, sa conception peut être différente selon que l'on se situe dans la perspective de l'école chaféite naissante au IX<sup>e</sup> siècle à Bagdad, du soufisme de Jalal al-Din Roumi à Konya au XIII<sup>e</sup> siècle, de l'empire ottoman des Tanzimat au XIX<sup>e</sup> siècle, ou encore des Frères musulmans égyptiens au XX<sup>e</sup> siècle<sup>106</sup>. Néanmoins, l'on peut tenter de donner une définition neutre de la charia, selon laquelle, elle désigne un ensemble de règles de conduite applicable aux musulmans.

Comme toutes les « religions révélées », l'islam comporte une dimension normative, de ce point de vue, la charia est bien la loi islamique<sup>107</sup>. A ce titre, elle codifie à la fois les aspects publics et privés de la vie des musulmans, ainsi que les interactions sociétales. Les dispositions de la charia peuvent porter sur des sujets pénaux, comme civils et ont toutes, une valeur normative<sup>108</sup>. Elle distingue deux types d'infractions pénales : les *Hudud* et les *Tazir*. Les crimes *Tazir* sont moins graves que les *Hudud*. Les crimes *Hudud*, les plus graves qui peuvent donner lieu à des amputations et des lapidations, sont ceux prévus par le Coran<sup>109</sup>.

La charia comme norme juridique, tire sa source du Coran et de la Sunna c'est-à-dire de l'ensemble des actes et paroles du prophète de l'Islam. Sans être un Code, au sens du Code civil dans les démocraties modernes, la charia est l'ensemble des interprétations que les

---

<sup>106</sup> B. DUPRET, *La charia : Des sources à la pratique, un concept pluriel*, La Découverte, 2014, <halshs-01573110>, p. 5.

<sup>107</sup> B. DUPRET, *op. cit.*, p. 7.

<sup>108</sup> C. SEGURANE, « C'est aux politiques de faire la distinction entre islam et islamisme », Riposte Laïque, 2011, en ligne : <https://ripostelaique.com/c-est-aux-politiques-de-faire-le.html>, consultée le 14/12/2018.

<sup>109</sup> C. CHEVALLIER-GOVERS, art. préc. p. 197.

théologiens ont donné de la loi révélée de l'islam<sup>110</sup>. Par ailleurs, si beaucoup de pays musulmans font référence à la charia dans leur organisation judiciaire, la plupart d'entre eux pratiquent un droit déconnecté de la charia, excepté des domaines très spécifiques tels que celui du droit de la famille<sup>111</sup>. En plus, les interprétations diffèrent d'une école théologico-juridique à une autre. Les salafistes qui ont imposé la charia au Nord du Mali en 2012, se réclamaient du mouvement de wahhabisme inspiré par l'école hanbalite. Ce courant rigoriste radical suit les préceptes des compagnons du prophète Mohammed et souhaite le retour à un mode de vie strict et vertueux<sup>112</sup>.

De ce fait, dans le système juridique actuel du Mali, chercher à donner une valeur normative aux dispositions de la charia islamique, revient à créer une législation parallèle qui ne trouvera pas sa place dans la hiérarchie des normes et que la Constitution du 25 février 1992 ne reconnaît pas. La charia comme norme juridique et telle qu'elle est appliquée dans le Nord du pays en 2012, n'est pas conforme aux valeurs républicaines et démocratiques inscrites dans la Constitution malienne.

Dès lors, dans l'impossibilité d'appliquer convenablement la charia comme ils l'entendaient dans le système laïc malien, les djihadistes remplacent ce dernier, par un nouveau système judiciaire basé sur la charia. Sur le plan de la procédure judiciaire et du procès, les prisonniers étaient généralement condamnés sans instruction judiciaire, à l'issue de procès lapidaires, inéquitables, très souvent à huis clos, sans avocat ni possibilité d'appel. La sanction judiciaire était, selon le cas une lapidation, une amputation, une mutilation ou

---

<sup>110</sup> S. PLASSE, « La charia c'est quoi au juste ? », *State Afrique*, 2012, en ligne : <http://www.slateafrique.com/94717/la-charia-comment-sapplique-t-elle-dans-le-nord-du-mali>, consultée le 14/12/2018.

<sup>111</sup> B. DUPRET, « Où et comment la charia est-elle appliquée dans le monde ? », *le Plus du nouvelobs*, 2012, en ligne : <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/326641-ou-et-comment-la-charia-est-elle-appliquee-dans-le-monde.html>, consultée le 14/12/2018.

<sup>112</sup> E.K. HAKIM, *La fabrique de l'islamisme*, Institut Montaigne, 2018, p. 16.

une flagellation publique<sup>113</sup> et aucune référence n'était faite au Code pénal malien. Tous ceux qui ne voulaient pas se soumettre aux nouvelles règles et pratiques imposées par les djihadistes ou qui les transgressaient, étaient châtiés au nom du nouvel ordre juridique : la charia<sup>114</sup>.

Par conséquent, les consommateurs d'alcool, les couples convaincus d'adultère, les dérogations au code vestimentaire islamiste, le non-port du voile pour les femmes ou toute autre déviance par rapport à la charia étaient sévèrement punis<sup>115</sup>. Des patrouilles étaient menées par la police et des numéros de téléphones destinés à la délation, ont été mis à la disposition de la population pour dénoncer les cas et les auteurs de vols et de pillage<sup>116</sup>. Pourtant, nombre de juristes du droit islamique s'opposent à cette application de la charia car, selon eux, le Coran et la Sunna prévoient que ces punitions soient imposées dans une société parfaitement juste et idéale, comme celle qui existait au temps du prophète de l'islam, où il n'y aurait aucune motivation pour violer les lois divines<sup>117</sup>.

Il convient de souligner que les Constitutions de certains pays africains dont le Maroc<sup>118</sup>, la Tunisie<sup>119</sup>, l'Égypte<sup>120</sup> et la Mauritanie

---

<sup>113</sup> Human Rights watch : « Il a coupé ma main comme s'il tuait un mouton », Nouvelobs, 2012. En ligne sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20120925.RUE2689/charia-au-nord-mali-il-a-coupe-ma-main-comme-s-il-tuait-un-mouton.html>, consultée le 14 décembre 2018.

<sup>114</sup> OHCHR, *Rapport de la Haut-commissaire aux droits humains des Nations unies sur la situation des droits humains au Mali*, A/HRC/22/33, 7 janvier 2012, p. 10.

<sup>115</sup> OHCHR, *Rapport de la Haut-commissaire aux droits humains des Nations unies sur la situation des droits humains au Mali*, A/HRC/23/57, 26 juin 2013, p. 10.

<sup>116</sup> AMDH-FIDH, *Crimes de guerre au Nord-Mali, Rapport n°592f*, AFP/Romarc Ollo Hien, 2012, p. 7.

<sup>117</sup> L. LE BLEVENNEC, FLECHEUX, CAMPANA, « La loi islamique et le droit à un procès équitable: une étude de compatibilité », *Gazette du Palais*, n° 104, 2000, p. 22.

<sup>118</sup> Au Maroc, la charia en tant que *hudud* n'existe plus et même un Code progressiste de la famille a remplacé, en 2004, celui qui avait été élaboré au lendemain de l'indépendance. Le système marocain a ceci de particulier qu'il

pour ne citer que ceux-là, font référence expressément à l'islam ou à la charia ou les deux à la fois, comme source d'inspiration de leur système juridique. Mais, même dans ces pays, l'application de la charia, excepté le cas emblématique de la Mauritanie dans les années 1980<sup>121</sup>, ne relève pas de l'interprétation rigoriste, inspirée par l'école hanbalite.

L'application du système juridique non laïc au Nord du Mali a eu pour principale conséquence, de soustraire les citoyens résidants dans cette partie du pays, de l'emprise du pouvoir judiciaire régulier. Par la suite le rétablissement de l'ordre juridique régulier va passer par la mise en place d'un mécanisme de justice transitionnelle, la réaffirmation du caractère laïc de la République ainsi que le droit à la liberté religieuse<sup>122</sup>.

### ***B. La réaffirmation du droit à la liberté religieuse au Mali***

Dans une société démocratique, la conciliation de la laïcité de l'Etat avec son corollaire de la liberté religieuse d'une part et l'application de la charia d'autre part, relève presque de l'impossible. Même si certains pays ont tenté de les concilier, ces cas restent rarissimes et diffèrent aussi les uns des autres. A noter tout de même que certains

---

est capable de rétrécir le champ normatif de la charia. Voy. : B. DUPRET, *op. cit.* p. 85 et p. 102.

<sup>119</sup> A. MOINE, « Les références à l'islam et à ses principes dans la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Civitas Europa*, n° 32, 2014, p. 225-254.

<sup>120</sup> N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET, *Les principes de la Shari'a sont la source principale de la législation : La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique*, halshs-00179477, version 1, 2007, p. 1-15.

<sup>121</sup> La charia a été instaurée en mai 1983 en Mauritanie et symbolisée par une grande cérémonie de décapitation, d'amputation et de lapidation. Mais ces pratiques seront abandonnées par la suite. Voy. : International Crisis Group, « L'islamisme en Afrique du nord IV: contestation islamiste en Mauritanie: menace ou bouc émissaire? », Rapport Moyen-Orient/Afrique du Nord n° 41, 2005, p. 8.

<sup>122</sup> L'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger, article 1<sup>er</sup> a) et article 46.

pays, tout en restant globalement multiconfessionnels comme le Nigeria<sup>123</sup>, autorisent une application rigoriste de la charia islamique sur certaines parties de leur territoire. D'autres à l'instar de la Malaisie<sup>124</sup>, pour ne citer que ces cas-ci, ont préféré un modèle hybride, compte tenu de leurs histoires et de leurs sociétés multiconfessionnelles. Mais au Mali, la tentative de conciliation de la laïcité avec la charia, entamée par le HCIM s'est avérée infructueuse (1). Réaffirmant le droit à la liberté religieuse dans le pays, l'Etat malien a pris des mesures de recadrage des faits religieux (2).

*1. La difficile conciliation de la laïcité avec l'application de la charia*

De prime abord, notons que dans les Etats démocratiques laïcs, dès que les faits religieux sortent du cadre tracé par la laïcité, pour se glisser dans la sphère politique, certaines valeurs démocratiques, notamment celles qui découlent de la laïcité, en pâtissent. Cet état de fait finit par fragiliser le caractère laïc de l'Etat. Il affecte profondément la liberté et la tolérance religieuse, ainsi que la coexistence pacifique des différentes confessions, avec des conséquences désastreuses sur la stabilité sociale. Au Mali, pendant la crise de 2012, au moment où des exactions et atrocités étaient

---

<sup>123</sup> Le cas de l'Etat fédéral du Nigeria, membre de la CEDEAO, est fort emblématique. En effet, neuf États sur trente-six Etats fédérés au total, appliquent la charia depuis le début des années 2000. Des peines d'amputations et de lapidations y sont pratiquées comme sanctions à des crimes *Hudud*. Voy. M. LAST, « La charia dans le Nord-Nigeria », *Politique africaine* n° 79, 2000, p. 141.

<sup>124</sup> En Malaisie, dans le souci de permettre aux différentes confessions religieuses de leur société multiculturelle de coexister pratiquement, la méthode utilisée pour appliquer la charia dans leur pays est atypique. De ce fait, si l'article 3 de la Constitution institue l'islam comme la religion officielle de l'État fédéral, l'article 11 garantit la liberté de religion, sous réserve de ne pas la propager, le prosélytisme étant interdit. L'article 74 de son côté, stipule que les tribunaux de la charia, ne sont compétents qu'à l'égard des personnes qui professent l'islam comme leur religion. Voy. C. CHEVALLIER-GOVERS, « La Charia et le pluralisme juridique en Malaisie à l'épreuve de l'État de droit », *Rev. dr. pub.*, n° 1, 2011, p. 197.

commises au Nord du pays au nom de l'islam, le Haut conseil islamique du Mali a entamé une démarche pour le moins paradoxale en tentant de concilier les valeurs républicaines et démocratiques inscrites dans la constitution du 25 février 1992 avec l'application de la charia islamique.

Ainsi, a-t-il initié le 23 septembre 2012, à travers son bureau des ulémas, un atelier de réflexion sur les conditions d'application de la charia au Mali, en dépit de la laïcité de l'Etat et du caractère intangible de ce principe constitutionnel. L'objectif de cette rencontre était de valider un document inspiré du Coran et de la Sunna, qui devait ensuite être soumis aux plus hautes autorités du pays, comme base d'une négociation avec les djihadistes<sup>125</sup>. Cette démarche des ulémas du HCIM ne visait pas du tout à s'opposer à l'instauration de la charia au Mali, malgré le caractère multiconfessionnel de la société et du droit à la liberté religieuse, mais plutôt à proposer, selon eux, une version plus adaptée à la société malienne. Il proposait en clair, aux djihadistes une application de la charia, avec des éléments de preuve, exempte des flagellations, des lapidations et des amputations qu'ils disaient ne pas comprendre, eux-mêmes au nom de l'islam. Cette démarche visait en outre, à créer les conditions idoines pour un dialogue entre les djihadistes et les autorités maliennes. Toutefois, ne pouvant se résoudre à négocier avec des djihadistes, dont la revendication essentielle était l'application de la charia, le gouvernement préconisa une intervention militaire pour les déloger, en refusant catégoriquement la démarche proposée par le HCIM<sup>126</sup>.

Mais, il faut souligner que cette démarche du HCIM ne faisait pas l'unanimité des musulmans du Mali, car dès l'éclatement de la crise du Nord, les responsables de l'islam malékite ont dénoncé avec véhémence, les méthodes et les actions des djihadistes armés, en

---

<sup>125</sup> B. HAIDARA, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>126</sup> AFP : « Mali : le premier ministre ne veut négocier avec aucun groupe islamiste au Nord », *Jeune Afrique*, 2012, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/151353/politique/mali-le-premier-ministre-ne-veut-n-gocier-avec-aucun-groupe-islamiste-au-nord/>, consultée le 17/11/2018.

L'occurrence des amputations et des lapidations au nom de l'islam<sup>127</sup> en affirmant qu'il est difficile de comprendre la destruction des mausolées et autres symboles vieux de sept siècles qui représentent *l'islam malien* dans son origine, de surcroît au nom du même islam<sup>128</sup>. Cette position des adeptes de l'islam malékite peut se comprendre si on sait que le Coran affirme qu'honorer l'homme, c'est lui accorder le droit de choisir sa religion : « Nulle contrainte en religion (...) Si Dieu l'avait voulu, ceux qui sont sur terre croiraient tous, forces-tu les gens à devenir des croyants ?<sup>129</sup> »

Toutefois, le gouvernement du Mali ayant refusé de négocier avec les djihadistes, la démarche du HCIM d'appliquer une charia, serait-ce diluée, en violation du principe de la laïcité de l'Etat et de la liberté religieuse, fut un échec. En plus, la population dans son ensemble, les musulmans comme les non musulmans, a salué l'intervention militaire et la défaite des islamistes, toute chose qui démontre à suffisance que l'imposition de la charia stricte et répressive dans ces zones, s'était avérée impopulaire. Elle avait même donné lieu à des manifestations de protestation par le passé, contre les islamistes dans le Nord du pays<sup>130</sup>. Les méthodes des islamistes sont foncièrement

---

<sup>127</sup> J. FONTAINE, A. LAHOUIARI et A. HENNI, *Crise malienne : quelques clefs pour comprendre*, l'Harmattan, « Confluences Méditerranée », n° 85, 2013, p.191-207.

<sup>128</sup> B. SAMBE, « L'islamisation de l'Afrique par le "Jihâd" : un mythe de l'historiographie arabe ? », *Islam, Société, Diversité, Universalité*, en ligne : <http://bakarysambe.unblog.fr/2009/10/19/lislamisation-de-lafrique-par-le-jihad-un-mythe-de-lhistoriographie-arabe-par-bakary-sambe/>, consultée le 14/12/2018.

<sup>129</sup> Ministère des Habous, *Déclaration de Marrakech sur les Droits des Minorités Religieuses dans le Monde Islamique*, issu de la rencontre organisée par le ministère des Habous et des Affaires islamiques et le Forum pour la promotion de la paix dans les sociétés musulmanes du 25-27 janvier 2016 à Marrakech. En ligne : <https://fr.scribd.com/document/354855825/Declaration-de-Marrakech-Sur-Les-Droits-Des-Minorites-Religieuses-Dans-Le-Monde-Islamique>, consultée le 20/12/2018.

<sup>130</sup> H. SONNER et K. DIETRICH, « Laissée pour compte : l'impact des trois années de conflit sur la population civile au Mali », *Center for Civilians in Conflict*, 2015, p. 14.

inconciliables avec les droits et les libertés publiques tels qu'énumérés dans le titre I<sup>er</sup> de la constitution malienne du 25 février 1992, sur lesquelles se fonde la société malienne<sup>131</sup>.

Par ailleurs, le fait d'imposer la loi islamique par la force à une partie de la population, était contraire à la liberté religieuse, qui veut que chaque citoyen soit libre de choisir la confession qu'il veut et de la manifester comme il entend, sous réserve toutefois, du respect de l'ordre public. De plus, son imposition à la communauté musulmane du Mali sous la menace continue des armes, n'est pas non plus conforme, ni à la liberté de conscience, ni à la liberté d'exercice du culte, au sens de la loi n° 61-86/AN-RM. En plus, durant la période d'occupation et de l'application de la charia dans le Nord du Mali, des lieux de culte chrétiens du Nord, mais aussi les mausolées et des tombes de saints musulmans, ont tous été indistinctement saccagés et pillés. Cet état de fait a poussé l'Etat malien, à prendre des mesures pour le recadrage des faits religieux dans sa société.

## *2. Le recadrage des faits religieux dans la société malienne*

L'une des premières réactions du gouvernement de la République du Mali à la crise du Nord du pays, qui a entraîné l'application de la charia sur cette partie de son territoire, a été la saisine de la Cour pénale internationale (CPI), pour enquêter et poursuivre les personnes responsables de graves violations du droit humanitaire<sup>132</sup>, dont la liberté religieuse des citoyens maliens. Ensuite, la laïcité de la République du Mali a été ravivée et réaffirmée explicitement dans

---

<sup>131</sup> Ces valeurs sont entre autres, la sacralité et l'inviolabilité de la personne humaine ; son droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne (article 1<sup>er</sup>) ; l'interdiction de la discrimination sous toutes ses formes (article 2) ; l'interdiction de la torture, des traitements, inhumains, humiliants et dégradants (article 3) ; la liberté de conscience, de religion, de pensée etc. (article 4). Voy. : La constitution du 25 février 1992, titre 1<sup>er</sup>.

<sup>132</sup> Communiqué du conseil des ministres du Mali, mercredi 30 mai 2012. En ligne : <https://maliactu.net/communique-du-conseil-des-ministres-du-mercredi-30-mai-2012/> ; consultée le 07 /11/2018.

l'accord préliminaire à l'élection du président de la République et au dialogue inclusif de la paix au Mali<sup>133</sup>.

Au commencement du dialogue inter-malien qui devait aboutir à la signature de l'accord pour la paix et la réconciliation nationale, le président de la République avait fixé le cadre de la négociation, en affirmant que tout était négociable sauf la souveraineté du Mali, l'intégrité du territoire, la forme républicaine et laïque de l'Etat. Par conséquent, l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger précise que les parties, dans l'esprit de la feuille de route, réitèrent leur attachement au respect de l'unité nationale, de l'intégrité territoriale et de la souveraineté de l'Etat du Mali, ainsi que de sa forme républicaine et son caractère laïc<sup>134</sup>.

Par ailleurs, dans l'objectif de recadrer les faits religieux, le Mali a procédé à la création d'un ministère qui devrait s'occuper désormais des affaires religieuses et du culte. Mais la création de ce département ministériel a suscité beaucoup de débats contradictoires dans la société. Certains Maliens, craignant une trop grande mainmise des religieux sur les affaires étatiques, voyaient en cela une menace pour la laïcité du pays<sup>135</sup>. Selon eux, ce ministère n'était qu'une récompense à l'endroit des religieux musulmans, vu l'implication personnelle du président du Haut conseil islamique du Mali, pour tenter de concilier les positions du gouvernement et celles des djihadistes durant la crise. Ces derniers avaient d'ailleurs clairement dit en juillet 2012, qu'ils ne

---

<sup>133</sup> Voy. le préambule de l'accord préliminaire à l'élection du président de la République et au dialogue inclusif de la paix au Mali signé le 18 juin 2013 entre le gouvernement du Mali et les groupes armés.

<sup>134</sup> L'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger, 2015, article 1<sup>er</sup> a), p. 3.

<sup>135</sup> B. DAO, « La religion entre au gouvernement : le soutien du HCI à Cheick Modibo Diarra récompensé », *L'Indicateur du Renouveau*, 2012, en ligne : <https://www.afribone.com/spip.php?article43234>, consultée le 8 novembre 2018.

reconnaîtront aucun autre canal de négociation avec l'Etat malien, si ce n'est celui de leurs frères du HCIM<sup>136</sup>.

D'autres pensaient tout de même que l'encadrement des faits religieux par l'Etat est plutôt une garantie de la laïcité du pays et un moyen efficace pour lutter contre l'extrémisme religieux, en permettant l'enracinement d'un islam de juste milieu. C'est cette deuxième conception, défendue aussi par le roi Mohammed VI, invité d'honneur à l'investiture du président Ibrahim Boubacar Keita, qui a prévalu. Selon le roi, « la tradition et la pratique de l'islam au Maroc et au Mali ne font qu'un. Elles se nourrissent des mêmes préceptes du "juste milieu". Elles se réclament des mêmes valeurs de tolérance et d'ouverture à l'autre, et demeurent le fondement du tissu spirituel continu qui a lié nos deux pays<sup>137</sup>. »

Il ne nous semble pas exagéré d'affirmer que l'objectif réel de la création de ce ministère est de restructurer, de recadrer le champ religieux du Mali, pour éviter que les pratiques religieuses ne tombent dans des dérives obscurantistes comme ce fut le cas en 2012. En fait, c'est ce qui ressort de ses attributions, puisqu'il est chargé de préparer et de mettre en œuvre la politique nationale en matière d'exercice, d'expression, d'enseignement ou de diffusion des convictions religieuses et des cultes<sup>138</sup>. L'Etat malien s'occupe désormais de

---

<sup>136</sup> AFP, « Mali : influence grandissante des musulmans dans le champ politique à Bamako », en ligne : <https://www.clicanoo.re/Actualites/Article/2012/08/22/Mali-influence-grandissante-des-musulmans-dans-le-champ-politique>, consultée le 09 novembre 2018.

<sup>137</sup> S.M. le Roi MOHAMMED VI, Discours prononcé lors de l'investiture du Président malien, Ibrahim Boubacar Keita, 19 septembre 2013, Bamako, en ligne : <http://www.maroc.ma/fr/activites-royales/discours-de-sm-le-roi-lors-de-la-ceremonie-dinvestiture-du-nouveau-president>, consultée le 09 novembre 2018.

<sup>138</sup> Décret n° 2018-0005/P-RM du 10 janvier 2018, fixant les attributions spécifiques des membres du gouvernement, article 32, *Journal Officiel du Mali*, 12 janvier 2018, p. 11-12.

l'établissement des règles, pour contrôler l'enseignement des religions, des cultes, des prêches et de la formation des imams<sup>139</sup>.

Par ailleurs, ledit ministère devrait s'atteler à l'élaboration et au contrôle de l'application des règles relatives au financement des activités religieuses, des œuvres caritatives des établissements religieux et associations confessionnelles. Durant la crise du Nord, selon la direction du renseignement militaire français, le Qatar aurait financé des mouvements indépendantistes et djihadistes maliens<sup>140</sup>. Par conséquent, pour éviter que des terroristes sous couvert d'associations ou de congrégations religieuses, ne puissent bénéficier de financement extérieur, en vue de déstabiliser la République, le ministère des Affaires religieuses et du Culte devrait accorder une attention particulière à ce volet. Une loi relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme a été votée à cet effet<sup>141</sup>. Par conséquent, la création de ce ministère, à moyen et long terme, devrait plutôt contribuer à la consolidation de la laïcité malienne.

\*

\*\*

Toutes les religions, à un moment donné de leur histoire, au nom d'une vérité jugée sacrée englobant tous les aspects de l'existence de l'être humain, ont cherché à annexer le pouvoir politique de l'Etat pour chercher à éradiquer le mal<sup>142</sup>. Hier, ce fut le cas du catholicisme

---

<sup>139</sup> H. EL GHISSASSI, « La gestion des affaires religieuses et l'ordre public au Maroc », APM, TIRANA, 2016, p. 14.

<sup>140</sup> B. ROGER, « Nord-Mali : le Qatar accusé de financer les groupes islamistes de l'Azawad », *Jeune Afrique*, 2012, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/175735/politique/nord-mali-le-qatar-accus-de-financer-les-groupes-islamistes-de-l-azawad/>, consultée le : 09 novembre 2018.

<sup>141</sup> Loi n° 2016-008/ du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, *Journal Officiel du Mali*, 1<sup>er</sup> avril 2016.

<sup>142</sup> G. HAASCHER, *op. cit.* p. 12.

en France jusqu'à l'avènement du gallicanisme<sup>143</sup>, aujourd'hui c'est le cas de l'islam au Mali, avec l'influence grandissante des religieux musulmans, sur le pouvoir politique. Cette volonté des groupes islamiques conservateurs d'avoir une mainmise sur le pouvoir politique, qui a fait jour aux premières heures de l'ère démocratique, n'a fait que se renforcer dans la société malienne au gré des événements et des tournants de l'histoire du pays.

Si la laïcité signifie la séparation du politique et du religieux, depuis la création du Haut conseil islamique du Mali, dont l'objectif principal est d'œuvrer pour la sauvegarde des valeurs et principes de l'islam, on constate un glissement du religieux vers le politique. Poursuivant leur objectif, la dynamique d'islamisation de la société malienne se manifeste dans tous les secteurs et s'invite dans tous les débats publics. Par conséquent, certaines réformes politiques, économiques ou sociales, initiées par l'Etat, sont souvent confrontées à des idéologies conservatrices des groupes islamiques et deviennent infructueuses.

Il faut souligner que, de plus en plus, les organisations islamiques ne militent plus pour un ordre social engageant seulement leurs membres, mais plutôt, l'ensemble de la société malienne. C'est cette lecture qu'il convient de faire, de la grande mobilisation que le HCIM a initié en 2009, pour exiger la relecture du Code des personnes et de famille, en vue de la prise en compte des valeurs et principes de l'Islam. Mais après adoption, la loi étant par nature impersonnelle, s'applique indifféremment à tous les citoyens maliens sans distinction aucune. Une lecture similaire est toute aussi possible, de la démarche du HCIM visant à créer les conditions idoines, pour un dialogue entre le gouvernement du Mali et les djihadistes musulmans d'obédience salafistes, en élaborant un document sur une application judicieuse de la charia et adapté au Mali<sup>144</sup>. Ce document, s'il n'avait pas été rejeté

---

<sup>143</sup> Doctrine ayant pour objet la défense des franchises de l'Eglise de France à l'égard du Saint-siège. Voy. : *Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, p. 529.

<sup>144</sup> A. DIARRA, « Règlement politique de la crise du nord : Le Gouvernement opposé à des négociations ouvertes avec les salafistes initiées par le HCIM »,

par le gouvernement malien, aurait pu, à terme, engager tous les citoyens<sup>145</sup>.

En somme, actuellement, il n'est pas exagéré de prétendre qu'après une longue période de turbulence, la laïcité a eu un nouveau souffle au Mali, grâce au sursaut national et l'union sacrée de la nation pour défendre le caractère laïc de l'Etat et la tolérance religieuse dans la société. Les organisations religieuses sont certes, toujours influentes dans la société et trouvent généralement des moyens pour peser sur les décisions des pouvoirs politiques, mais ces derniers arrivent souvent à se démarquer de leurs positions<sup>146</sup>.

---

2012, en ligne : <https://www.afribonemali.net/spip.php?article44511>. Consultée le 13 novembre 2018.

<sup>145</sup> Le gouvernement malien pose deux conditions pour ouvrir le dialogue avec Ançar dine et le MNLA : 1. La non-application de la charia. 2. Il n'y aura ni indépendance, ni autodétermination de qui que ce soit sur un millimètre carré du territoire national. Voy. : O. BABI, « Le double langage du premier ministre », Afribone, en ligne : <https://www.afribone.com/spip.php?article45286>, 2012, consultée le 17/11/2018.

<sup>146</sup> F. SOUDAN et F.-X. FRELAND, « Mali – Ibrahim Boubacar Keita : “Je ne crois pas avoir échoué” », Jeune Afrique, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/mag/286400/politique/mali-ibrahim-boubacar-keita-ne-crois-echoue/>, consultée le 13 novembre 2018.

**REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES**

- ABEL O., « Tolérance et laïcité », *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, Tome 48, Editions Dalloz, p. 19-26
- Accord préliminaire à l'élection du président de la République et au dialogue inclusif de la paix au Mali, 2013, 11 pages
- Accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger, 2015, 32 pages
- AMDH-FIDH, *Crimes de guerre au Nord-Mali, Rapport n° 592f*, AFP/Romarc Ollo Hien, 2012, 26 pages
- BAVEREZ N., « Le principe de la laïcité face aux chocs et crises du XXI<sup>e</sup> siècle », *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, Tome 48, Editions Dalloz, p. 249-255
- BAYART J.-F., « Religion et politique en Afrique : le paradigme de la cité culturelle », *Etudes africaines comparées*, n° 1, 2015, 21 pages
- BERNARD-MAUGIRON N. et B. DUPRET, *Les principes de la Shari'a sont la source principale de la législation : La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la Loi islamique*, halshs-00179477, version 1, 2007, 15 pages
- CAYE P. et D. TERRE, « Le neutre à l'épreuve de la puissance », *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, Tome 48, Editions Dalloz, p. 27-42
- CEDEAO, protocole a/sp1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, 21 pages
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, juin 1981, 14 pages
- CHEVALLIER-GOVERS C., « La Charia et le pluralisme juridique en Malaisie à l'épreuve de l'État de droit », *Rev. dr. pub.*, n°1, 2011, p. 197
- CLAPIE M., « Les limites au pouvoir de révision du congrès du arlement a propos de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la constitution, *J.O.* n° 21 du 26 janvier 1999, p. 1343. (38) », *Petites affiches*, n° 71, p. 25

- Constitution de la République du Bénin du 10 décembre 1990, 42 pages
- Constitution de la République du Burkina Faso du 2 juin 1991, 53 pages
- Constitution de la République du Cap-Vert de 1990, 77 pages
- Constitution de la République de la Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000, 23 pages
- Constitution de la République de la Gambie de janvier 1997, 109 pages
- Constitution de la République du Ghana du 16 décembre 1996, 190 pages
- Constitution de la République de la Guinée du 23 décembre 1990, 34 pages
- Constitution de la République de la Guinée Bissau de décembre 1996, 36 pages
- Constitution de la République du Liberia du 19 octobre 1983, 31 pages
- Constitution de la République du Mali du 22 septembre 1960, 10 pages
- Constitution de la République du Mali du 2 juin 1974, 12 pages
- Constitution de la République du Mali du 25 février 1992, 18 pages
- Constitution de la République du Niger de 2010, 28 pages
- Constitution de la République Fédérale du Nigeria du 1999, 118 pages
- Constitution de la République du Sénégal du 7 janvier 2001, 28 pages
- Constitution de la République de la Sierra Léone de 1991, 81 pages
- Constitution de la République du Togo du 14 octobre 1992, 25 pages
- Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Affaire Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA), contre République du Mali. Requête n° 046/2016, arrêt du 11 mai 2018, 34 pages
- Cour constitutionnelle du Mali, « Avis N° 2017-01/CCM /Réf. du 06 juin 2017 relatif à la loi n°2017-031/ AN-RM du 2 juin 2017 portant révision de la Constitution du 25 février 1992 », 6 juin 2017, 3 pages

- Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, 9 pages
- Décret d'application n° 03 - 580 / P-RM du 30 décembre 2003, 6 pages
- Décret n° 4-465 PRM du 20 octobre 2004, fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de la Maison du Hadj
- Décret n° 2018-0005/P-RM du 10 janvier 2018, fixant les attributions spécifiques des membres du gouvernement, article 32, *Journal Officiel du Mali*, 12 janvier 2018, p. 11-12
- DELSENNE L., « De la difficile adaptation du principe républicain de à l'évolution socio-culturelle française », *Rev. dr. pub.*, 2005, p. 427
- DIARRA A., « Règlement politique de la crise du Nord : Le Gouvernement opposé à des négociations ouvertes avec les salafistes initiées par le HCIM », 2012, en ligne : <https://www.afribonemali.net/spip.php?article44511>. Consultée le 13 novembre 2018
- DORIER-APPRILL E. et R. ZIAVOULA, *La diffusion de la culture évangélique en Afrique centrale : Théologie, éthique et réseaux*, La Découverte, « Hérodote », n° 119, 2005, p. 129-156
- DUFOUR J., « Groupes armés au nord-Mali : état des lieux », Note d'analyse du GRIP, 2012, Bruxelles, 14 pages
- DUFOUR J., « Mouvement national de libération de l'Azawad (MNL) », Note d'analyse du GRIP, 2012, 14 pages
- DUPRET B., *La charia : Des sources à la pratique, un concept pluriel*, La Découverte, 2014, <halshs-01573110>, 117 pages
- DUVERT C., « A propos de la question des sectes », *La laïcité*, Archives de philosophie du droit, Tome 48, Editions Dalloz, p. 109-122
- EL GHISSASSI H., « La gestion des affaires religieuses et l'ordre public au Maroc », APM, TIRANA, 2016, 27 pages
- EL KAROUI H., *La fabrique de l'islamisme*, Institut Montaigne, 2018, 83 pages
- FIDH, *Mali : La justice en marche*, Rapport n° 628, mars 2014, 22 pages
- FONTAINE J., A. LAHOUARI et A. HENNI, *Crise malienne : quelques clefs pour comprendre*, l'Harmattan, « Confluences Méditerranée », n° 85, 2013, p. 191-207

- GAUDEMET Y., « La laïcité, forme française de la liberté religieuse », *Rev. dr. pub.*, n° 2, p. 329
- HAASCHER G., *La laïcité*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 2013, 5<sup>e</sup> éd., 127 pages
- HAIDARA B., *Les formes d'articulation de l'islam et de la politique au Mali*, Thèse de doctorat en géographie humaine, sous la direction de M. le Pr. C. BOUQUET, Bordeaux, Université Bordeaux-Montaigne, 2015, 378 pages
- HAKIM E.K., *La fabrique de l'islamisme*, Institut Montaigne, 2018, p. 16
- HENNETTE VAUCHEZ S., *Séparation, garantie, neutralité, ...les multiples grammaires de la laïcité*, *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, Dossier : *La Constitution et la laïcité*, n° 53, 2016, p. 9
- International Crisis Group, « l'islamisme en Afrique du nord IV: contestation islamiste en Mauritanie: menace ou bouc émissaire? », *Rapport Moyen-Orient/Afrique du Nord N°41*, 2005, 31 pages
- IPI, OIF et le CENTRE 4S : *L'extrémisme violent : Vers une stratégie de prévention dans l'espace francophone*, IPI, New York, 2015, 15 pages
- JONCKERS D., « Associations islamiques et démocratie participative au Mali ». A. BOZZO et P.J. LUIZARD (dir). *Les sociétés civiles dans le monde musulman*, La Découverte, 2011, p. 227-248
- KARAGIANNIS S., « Dieu dans les préambules. L'invocation du divin en droit constitutionnel comparé », *Rev. dr. pub.*, n° 3, 2017, p. 625
- KIENOU MEDARD S., « Les relations entre l'État et les confessions religieuses », *Rev. dr. pub.*, n° 5, 2017, p. 1375
- KEITA N. *De l'identitaire au problème de la territorialité. L'OCRS et les sociétés Kel Tamacheq du Mali*, GEMDEV et Université du Mali (éds.), Mali - France. Regards sur une histoire partagée, Bamako/Paris : Donniya et Karthala, 2005, p. 91-121
- KI-ZERBO J., *Histoire générale de l'Afrique*, vol. 1., *Méthodologie et préhistoire africaine*, Éditions UNESCO, 1999, p. 74, 861 pages
- LASSERRE V., « Droit et religion », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 1072
- LAST M., « La charia dans le Nord-Nigeria », *Politique africaine* n° 79, 2000, p. 141-151

- LE BLEVENNEC L., FLECHEUX, CAMPANA, « La loi islamique et le droit à un procès équitable: une étude de compatibilité », *Gazette du Palais*, n° 104, 2000, p. 22
- Le Petit Larousse illustré*, édition 2014, 2016 pages
- Loi n° 61-86/AN-RM du 21 juillet 1961 portant sur l'organisation de la liberté religieuse et de l'exercice des cultes, 4 pages
- Loi n° 98-0 12 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics, 4 pages
- Loi n° 01-79 du 20 août 2001, modifiée par la loi n° 2005-45 du 18 août 2005 et la loi n° 2016-39 du 7 juillet 2016, portant Code pénal, 81 pages
- Loi n° 04 - 028 du 27 juillet 2004, portant création de la Maison du Hadj
- Loi n° 05-047/ du 18 août 2005 portant charte des partis politiques, 6 pages
- Loi n° 2011 – 087 portant Code des personnes et de la famille du 30 décembre 2011, 225 pages
- Loi n° 2016-008/ du 17 mars 2016 portant loi uniforme relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, *Journal Officiel du Mali*, 1<sup>er</sup> avril 2016, 38 pages
- MARSHALL-FRATANI R., D. PECLARD, « La religion du sujet en Afrique », *Politique africaine*, n° 87, 2002, p. 5-9
- MEMIER M., « AQMI et Al-Mourabitoun : le djihad sahélien réunifié ? », *Études de l'Ifri*, 2017, 54 pages
- MIRAN M., *Côte d'Ivoire : le wahhabisme à Abidjan : dynamisme urbain d'un islam réformiste en Côte d'Ivoire contemporaine (v. 1960-1996)*, Islam et Sociétés au Sud du Sahara, n° 12, 1998 : p. 5-74
- MOINE A., « Les références à l'islam et à ses principes dans la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Civitas Europa*, n° 32, 2014, p. 225-254
- MORANGE J., « Le "mystère" de la laïcité française », *Rev. dr. pub.*, n° 3, 2013, p. 507
- NICOUD F., « Laïcité et expression religieuse », *Petites affiches*, n°9, 2013, p. 4

- OHCHR, *Rapport de la Haut-commissaire aux droits humains des Nations unies sur la situation des droits humains au Mali*, A/HRC/22/33, 7 janvier 2012, 20 pages
- OHCHR, *Rapport de la Haut-commissaire aux droits humains des Nations unies sur la situation des droits humains au Mali*, A/HRC/23/57, 26 juin 2013, 17 pages
- OLIVETTI, *Laïcités parallèles*, Constitutions, 2010 p.535. Ordonnance n° 1 du Comité militaire de libération nationale, du 28 novembre 1968, 4 pages
- RABAULT H., « La clause d'éternité : la recevabilité des recours contre les lois de révision constitutionnelle », *Petites affiches*, n° 173, 2004, p. 3
- RIVERO J., « La notion juridique de la laïcité », *La laïcité, Archives de philosophie du droit*, Tome 48, Editions Dalloz, p. 257-264
- SAUVAGEOT F., « Le serment des hautes autorités étatiques : une institution à développer ? », *Rev. dr. pub.*, n° 1, 2006, p. 201
- SAYAH J., « La laïcité réaffirmée : la loi du 15 mars 2004 », *Rev. dr. pub.*, n° 4, 2006, p. 915
- SONNER H. et K. DIETRICH, « Laissée pour compte : l'impact des trois années de conflit sur la population civile au Mali », *Center for Civilians in Conflict*, 2015, 51 pages
- SOW A.-S., *L'Etat démocratique républicain : la problématique de sa construction au Mali*, Granvaux, 2008, 455 pages
- Statut du Haut conseil islamique du Mali, 44 pages
- VANDER ELST R., « La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux de protection internationale des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, p. 131-146
- WILLAIME J.-P., « L'enseignement des religions en Europe : approches sociologiques », *L'enseignement des religions : approches laïques et religieuses*, dir. C. MENGES-LE PAPE, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 307-309

#### **Sites web**

- AFP, « Mali : influence grandissante des musulmans dans le champ politique à Bamako », en ligne : <https://www.clicanoo.re/Actualites/Article/2012/08/22/Mali-influence->

grandissante-des-musulmans-dans-le-champ-politique, consultée le 09 novembre 2018

-AFP : « Mali : le premier ministre ne veut négocier avec aucun groupe islamiste au Nord », *Jeune Afrique*, 2012, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/151353/politique/mali-le-premier-ministre-ne-veut-n-gocier-avec-aucun-groupe-islamiste-au-nord/>, consultée le 17/11/2018

-Ambassade des Etats-Unis au Mali, « Rapport sur la liberté de religion dans le monde », 2016, en ligne : <https://ml.usembassy.gov/fr/rapport-2016-sur-la-liberte-de-religion-dans-le-monde-le-mali/>, consultée le 14/11/2018

-Conseil des ministres du Mali, 30 mai 2012. En ligne : <https://maliactu.net/communiqué-du-conseil-des-ministres-du-mercredi-30-mai-2012/> ; consultée le 07 /11/2018

-BABI O., « Le double langage du premier ministre », Afribone, en ligne : <https://www.afribone.com/spip.php?article45286>, 2012, consultée le 17/11/2018

-DANIEL S., « Au Mali, les "Pieds-Nus" composent une secte opposée à tout modernisme », AFP, 2005, en ligne:<https://www.ccm.asso.fr/104-au-mali-les-pieds-nus-composent-une-secte-opposee-a-tout-modernisme/>, consultée le 10 novembre 2018

-DAO B., « La religion entre au gouvernement : le soutien du HCI à Cheick Modibo Diarra récompensé », *l'Indicateur du Renouveau*, 2012, en ligne : <https://www.afribone.com/spip.php?article43234>, consultée le 8 novembre 2018

-DUPRET B., « Où et comment la charia est-elle appliquée dans le monde ? », *le Plus du nouvelobs*, 2012, en ligne : <http://leplus.nouvelobs.com/contribution/326641-ou-et-comment-la-charia-est-elle-appliquee-dans-le-monde.html>, consultée le 14/12/2018

-Ministère des Habous, *Déclaration de Marrakech sur les Droits des Minorités Religieuses dans le Monde Islamique*, issu de la rencontre organisée par le Ministère des Habous et des Affaires islamiques et le Forum pour la promotion de la paix dans les sociétés musulmanes du 25-27 janvier 2016 à Marrakech. En ligne : <https://fr.scribd.com/document/354855825/Declaration-de-Marrakech->

Sur-Les-Droits-Des-Minorites-Religieuses-Dans-Le-Monde-Islamique, consultée le 20/12/2018

-O. D. « Religions : La Grande mosquée de Bamako baptisée du nom du roi Fayçal », 10 avril 2017, en ligne : <https://www.afribonemali.net/spip.php?article78203>, consultée le 09 novembre 2018

-ROGER B., « Nord-Mali : le Qatar accusé de financer les groupes islamistes de l'Azawad », *Jeune Afrique*, 2012, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/175735/politique/nord-mali-le-qatar-accus-de-financer-les-groupes-islamistes-de-l-azawad/>, consultée le 09 novembre 2018

-SAMBE B., « L'islamisation de l'Afrique par le "Jihâd" : un mythe de l'historiographie arabe ? », *Islam, Société, Diversité, Universalité*, en ligne : <http://bakarysambe.unblog.fr/2009/10/19/lislamisation-de-lafrique-par-le-jihad-un-mythe-de-lhistoriographie-arabe-par-bakary-sambe/>, consultée le 14/12/2018

-SEGURANE C., « C'est aux politiques de faire la distinction entre islam et islamisme », *Riposte Laïque*, 2011, en ligne : <https://ripostelaique.com/c-est-aux-politiques-de-faire-le.html>, consultée le 14/12/2018

-SOUDAN F. et F.-X. FRELAND, « Mali – Ibrahim Boubacar Keita : "Je ne crois pas avoir échoué" », *Jeune Afrique*, en ligne : <https://www.jeuneafrique.com/mag/286400/politique/mali-ibrahim-boubacar-keita-ne-crois-echoue/>, consultée le 13 novembre 2018

Human Rights watch : « Il a coupé ma main comme s'il tuait un mouton », *Nouvelobs*, 2012. En ligne sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-monde/20120925.RUE2689/charia-au-nord-mali-il-a-coupe-ma-main-comme-s-il-tuait-un-mouton.html>, consultée le 14 décembre 2018

-S.M. le roi MOHAMMED VI, Discours prononcé lors de l'investiture du président malien, Ibrahim Boubacar Keita, 19 septembre 2013, Bamako, en ligne : <http://www.maroc.ma/fr/activites-royales/discours-de-sm-le-roi-lors-de-la-ceremonie-dinvestiture-du-nouveau-president>, consultée le 09 novembre 2018

-S. PLASSE, « La charia c'est quoi au juste ? », State Afrique, 2012, en ligne : <http://www.slateafrique.com/94717/la-charia-comment-sapplique-t-elle-dans-le-nord-du-mali>, consultée le 14/12/2018.



## TRANSPARENCE ET PROCESSUS ELECTORAL AU MALI

**Awa SAMAKE,**

*enseignante chercheure à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako, Mali*

### **Résumé :**

Depuis que la troisième vague de démocratisation a atteint les rivages de l'Afrique de l'Ouest vers la fin des années 1980, tous les pays ont opté, pour la plupart à travers l'adoption de Constitutions dignes des démocraties libérales, pour l'établissement de régimes de démocraties pluralistes. L'une des conséquences immédiates de cette option a été le recours aux élections comme mode privilégié d'accès au pouvoir. Mieux, à ce jour, tous les pays de la sous-région engagés dans un processus de démocratisation ont également opté pour la réduction de l'emprise du pouvoir exécutif (à travers notamment le ministère de l'Intérieur) sur la gestion des élections. Mais ces choix ne vont pas sans poser leurs propres problèmes et sans soulever un certain nombre de questions importantes auxquelles il faut nécessairement trouver de réponses pertinentes, si l'on veut garantir des élections de qualité dans les jeunes démocraties de l'Afrique de l'Ouest et du Mali.

En effet, après une vingtaine d'années d'expérience de démocratisation dans la sous-région, il est aisé de conclure que le recours aux élections compétitives de façon générale, mais surtout l'option de réduire le degré d'implication (d'association) de l'administration publique au processus électoral et de créer des commissions électorales posent des problèmes qui méritent des réflexions sérieuses si l'on veut améliorer la qualité des élections. Certains des problèmes en question ont déjà été révélés par les expériences de gestion des élections dans les différents pays, mais

d'autres peuvent être anticipés et prévenus avant qu'ils ne se manifestent réellement.

**Mots Clés :** Transparence des élections, processus électoral, commission électorale, droit électoral, institutions électorales.

**Abstract**

Since the third wave of democratization reached the shores of West Africa in the late 1980s, all countries have opted, for the most part through the adoption of liberal Democracy Constitutions, for the establishment of regimes of pluralistic democracies. One of the immediate consequences of this option has been the use of elections as a privileged mode of access to power. Better still, all the countries of the sub-region engaged in a process of democratization have also opted to reduce the influence of the executive power (notably through the Ministry of the Interior) on the management of elections. But these choices do not go without posing their own problems and without raising a number of important questions to which we must necessarily find relevant answers, if we want to guarantee quality elections in Africa's young democracies. Where is.

Indeed, after twenty years of experience of democratization in the Sub-region, it is easy to conclude that the use of competitive elections in general, but especially the option to reduce the degree of involvement (association) of the Public Administration in the electoral process and to create electoral commissions pose problems that deserve serious thought if we want to improve the quality of elections. Some of the problems in question have already been revealed by election management experiences in different countries, but others can be anticipated and prevented before they actually manifest themselves.

**Keys Words:** Electoral Transparency, Electoral Process, Electoral Commission, Electoral Law, Electoral Institutions.

L'organisation d'une élection démocratique et transparente est une opération complexe. Sa réussite exige non seulement un climat politique apaisé, le respect par toutes les parties impliquées des règles du jeu démocratique dont les grands principes sont définis par les dispositions législatives et réglementaires en la matière. Une administration (électorale) professionnelle et stable (pérenne), dotée de cadres compétents et motivés et d'instruments performants. Les élections en Afrique noire francophone actualisent deux idées majeures : le temps de la démocratie, sanctionné par la célébration du nouveau constitutionnalisme, et le temps de la dictature, marqué par une détermination inouïe des dirigeants en place à combattre le principe de l'alternance par le recours à la fraude électorale pour assurer leur pérennité au pouvoir. L'Afrique francophone apparaît en conséquence dans son immense majorité « comme un désert de la démocratie, un champ de ruines démocratiques.

Les belles architectures et constructions érigées pour le rayonnement de la démocratie en 1990 sont progressivement laissées à l'abandon, quand elles ne sont pas purement et simplement saccagées. Elles sont devenues dans le meilleur des cas un musée de contemplation des valeurs démocratiques, car les réformes initiées dans la dernière décennie du xxe siècle n'ont souvent eu que des effets formels<sup>1</sup> ».

Concernant les élections et la transition démocratique au Mali, Bakary Camara (2012) a analysé le contexte historique des élections libres dans ce pays depuis 1991.<sup>2</sup> Dans son analyse de la longue marche vers la démocratie malienne, il trouve que dès le début des années 1970, le Parti malien du travail (PMT), parti clandestin formé essentiellement d'universitaires et de cadres supérieurs, avait placé la lutte politique sur le plan de la défense des libertés individuelles.

---

<sup>1</sup> Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États d'Afrique de l'espace francophone africain : régime juridique et système politique », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 17-41.

<sup>2</sup> Bakary CAMARA, « Le processus démocratique et la performance économique au Mali depuis 1991 », *Revue internationale de droit africain (EDJA)*, n° 94, 3ème trimestre, 2012, Dakar, Sénégal.

L'objectif était de constituer un large rassemblement pour la conquête des libertés et l'instauration d'une démocratie réelle. Selon lui, pour atteindre cet objectif, la lutte politique prenait plusieurs formes et était menée sur tous les fronts.

Les élections en Afrique noire francophone actualisent deux idées majeures : le temps de la démocratie, sanctionné par la célébration du nouveau constitutionnalisme, et le temps de la dictature, marqué par une détermination inouïe des dirigeants en place à combattre le principe de l'alternance par le recours à la fraude électorale pour assurer leur pérennité au pouvoir « Lorsqu'on veut parler des lois politiques c'est toujours, par le dogme de la souveraineté du peuple qu'il faut commencer. Le principe de la souveraineté qui se trouve plus ou moins au fond de presque toutes les institutions humaines, y demeurent d'ordinaire comme enseveli.

La volonté nationale est l'un des mots les plus intrigants de tous les temps et les despotes de tous les âges ont le plus largement abusé. Les uns en ont vu l'expérience dans les suffrages achetés de quelques agents du pouvoir, d'autres dans les votes d'une minorité intéressée ou craintive ; il y en a même qui l'ont découverte toute formulée dans le silence des peuples... »<sup>3</sup>. Il y a un siècle, Alexis de Tocqueville lançait ces mots qui sonnent comme une prophétie, car ils caractérisent toujours aujourd'hui, et peut-être pour encore longtemps, la situation démocratique<sup>4</sup> dans tous les États au monde qui se réclament de cette doctrine ou qui y adhèrent. L'Afrique n'est pas une exception en la matière, même les grandes démocraties ont connu ce phénomène. C'est dire que tant que l'option choisie, celle de faire le choix des gouvernants par le peuple, n'est pas remise en cause dans son ensemble, l'espoir d'une Afrique démocratique est toujours permis. Le professeur Alioune Fall soutient d'ailleurs à ce propos que

---

<sup>3</sup> A.TOCQUEVILLE, « *De la démocratie en Amérique* », t. 1, (1835), rééd. GF Flammarion, Paris, 1981, p. 117.

<sup>4</sup> Traditionnellement définie comme le gouvernement du peuple par le peuple, la démocratie tend à désigner dans le monde moderne un lien social placé sous le signe de l'égalité et une forme politique susceptible d'exprimer l'idéal de liberté et d'autonomie du gouvernement O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 283.

« de ce processus, très prometteur mais encore balbutiant et jalonné d'obstacles, sont nés engouement et espoir que nourrissent les populations, les hommes politiques comme les spécialistes pour le juge »<sup>5</sup>.

La vague de transitions démocratiques du début des années en 1990 a marqué le retour du multipartisme et du principe des élections libres et honnêtes. Elle a, ainsi, replacé la question du vote au centre de la politique africaine. Pourtant ce retour ne doit pas occulter la trace des expériences politiques non compétitives vécues pendant vingt ou trente ans par les électeurs africains. En tout cas l'organisation des élections libres et transparentes était devenue dans plusieurs Etats africains, une exigence depuis le renouveau démocratique des années 1990. Désormais, du moins dans certains cas, les partis au pouvoir commencent à perdre les élections, l'alternance n'est plus interdite et leurs résultats sont acceptés même s'ils sont défavorables aux sortants<sup>6</sup>. Des décisions du juge électoral sont respectées<sup>7</sup>.

Au Mali, d'importants acquis ont été obtenus sur le plan politique et dans la gestion du processus électoral. Bien que la dégradation des conditions socio-économiques, couplée à la défiance des citoyens envers l'élite politique continuent de représenter un défi majeur pour la cohésion sociale et la tenue d'élections apaisées et inclusives. Il convient donc, d'une part, de capitaliser et de consolider ces acquis et, d'autre part, de poursuivre les efforts de dialogue politique et de modernisation avec des réformes appropriées afin de rendre le processus électoral malien plus crédible, performant et d'aboutir à

---

<sup>5</sup> Alioune FALL, « Le processus de démocratisation en Afrique francophone : le juge de l'élection dans l'impasse ? » (Essai de prospective), in Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Albert BOURGI et Christine DESOUCHES, *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Belgique : Bruylant, 2010, 2010, p. 553-573.

<sup>6</sup> Cas du Bénin, Madagascar, du Sénégal et du Congo.

<sup>7</sup> Cas du Mali où la Cours suprême annula l'ensemble des élections législatives de 1997

plus de consensus politique et de transparence dans la conduite des consultations électorales au Mali.<sup>8</sup>

Selon Bakary Camara, « Le processus démocratique au Mali a favorisé plusieurs bouleversements dans l'ordre juridique, politique et social. La démocratie à travers les élections, constitue un rituel dont l'objectif est la résolution des contradictions sociopolitiques et la consolidation de l'ordre juridique et politique consensuel car la démocratie constitue elle-même une sorte de consensus. La démocratie est un ordre politique basé sur un cadre juridique qui constitue lui aussi un ordre désordonné. Tout comme la démocratie constitue un désordre composé d'institutions et d'acteurs divers opposés et complémentaires, cet ordre juridique est un désordre de textes et de lois dont l'objet est la régulation de la société ».<sup>9</sup>

La dynamique démocratique amorcée dans les années 1980 et florissante dans les années 1990, les chefs d'Etat de la CEDEAO ont adopté en décembre 2001 à Dakar un protocole additionnel sur la Démocratie et la Bonne gouvernance. Ce protocole est relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité qui stipule dans son article 1<sup>er</sup> alinéa b<sup>10</sup> : « Toute accession au pouvoir doit se faire à travers des élections libres, honnêtes et transparentes ».

Les élections constituaient souvent une occasion de tensions, de dérapages violents et un point de départ de graves crises politiques. Du coup, les quatorze chefs d'Etat signataires du protocole de 2001 décidèrent de rendre d'emblée applicables sans nécessité de

---

<sup>8</sup> Gouvernement du Mali et le programme des Nations unies pour le développement (PNUD), Projet d'appui au cycle électoral au Mali (2018-2019).

<sup>9</sup> Bakary CAMARA, « La transition démocratique comme forme d'inversion sociale en Afrique de l'Ouest. Le cas du Mali », in *Revue malienne des sciences juridique, politiques et économiques (REMASJUPE)*, n° 1, 2015, Bamako/Toulouse Capitole, Mali/France.

<sup>10</sup> Protocole additionnel sur la démocratie et la bonne gouvernance 01/12/2001 Dakar.

ratification ces clauses relatives aux élections<sup>11</sup>. Cela constitue la base légale et politique de l'implication de la CEDEAO dans l'observation et la supervision d'élections en Afrique de l'Ouest.

L'acceptation par les États des principes relatifs aux élections démocratiques est confirmée par la ratification des traités, déclarations et autres instruments internationaux,<sup>12</sup> par les décisions prises dans les instances judiciaires internationales<sup>13</sup> et par ce qui est devenu une pratique générale : l'invitation des observateurs d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales qui axent leurs activités sur le respect et la promotion des droits humains internationaux<sup>14</sup>.

Cette reconnaissance est également confirmée par des publications d'institutions hautement respectées et des publicitaires sur le terrain. En effet, la pratique des États démontre une participation consensuelle à un processus d'élaboration normative dans lequel les processus électoraux sont évalués en fonction de principes qui reflètent des droits humains et libertés fondamentales internationalement reconnus<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Voir à ce propos le témoignage de Feu le général Diarra alors secrétaire exécutif adjoint de la CEDEAO en charge des affaires politiques, paix et sécurité dans les actes du forum des partis politiques, des médias et de la société civile en Afrique de l'Ouest, ouvrage édité par le CSAO/OCDE ; Paris 2005.

<sup>12</sup> Voir, par exemple, déclaration universelle des droits de l'homme art. 21, Rés. No 217A de l'AG (III), AGO, 3<sup>e</sup> sess. 1<sup>e</sup> plén. Mtg., U.N. Doc. A/810 (Déc. 10, 1948).

<sup>13</sup> Voir ci-dessus note 4. Art. 1(1), PIDCP, ci-dessus note 4, relève directement des initiatives d'indépendance des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, notamment les référendums d'indépendance tenus au Monténégro en 2006 et au Timor-Leste en 1999. Voir Droit à la gouvernance démocratique, ci-dessus note 4, p 58-59.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, déclaration universelle des droits de l'homme art. 21, Rés. No 217A de l'AG (III), AGO, 3<sup>e</sup> sess., 1<sup>e</sup> plén. Mtg., U.N. Doc. A/810 (Dec. 10, 1948) [ci-après déclaration universelle].

<sup>15</sup> Voir, par ex. *Recueil des normes internationales pour les élections* (NEEDS, Commission européenne, 2007) [ci-après *Recueil*] (donne une description qui fait autorité des éléments des normes électorales, des matrices d'obligations internationales des pays concernant les élections et une

Aujourd'hui l'organisation des élections sincères et fiables présente un enjeu primordial tant sur le plan interne qu'international. Sur le plan national, les peuples admettent aujourd'hui difficilement que leurs gouvernants soient choisis par des procédés autres que ceux électoraux<sup>16</sup>. Sur le plan international, les élections régulières et transparentes constituent un moyen par lequel on classe et décline les Etats dans la communauté internationale. Cette nouvelle donne oblige les Etats défaillants en matière électorale à s'inscrire non dans une perspective d'abandon des élections comme moyen de désignation des dirigeants mais dans une dynamique de réforme électorale.

Ainsi, réfléchir sur la thématique de la transparence dans le processus électoral au Mali et en Afrique francophone noire présente un intérêt indéniable. La transparence est un concept clef des élections car, non seulement elle fonde la confiance des électeurs, mais elle est indispensable au constat du respect d'autres concepts fondamentaux des élections démocratiques : unicité, sincérité et anonymat.

La notion relative à la transparence électorale reste en principe intimement liée à l'organisation électorale. Elle suppose la participation objective globale de tous les acteurs électoraux à l'ensemble de toutes les opérations de vote ou du scrutin. A titre illustratif, un électeur n'est pas uniquement cet acteur électoral ayant pour vocation d'aller choisir son candidat dans les urnes. Hormis cette première mission qui lui est dévolue, il est aussi doté du pouvoir d'émettre un point de vue sur la préparation et le déroulement des élections. En réalité, il se pose généralement en Afrique des situations difficiles à ce niveau.

En l'état actuel des systèmes juridiques<sup>17</sup> africains, il est possible de soutenir que l'idée de transparence dans la conduite des processus

---

collection complète d'instruments internationaux) disponible à l'adresse <http://www.needs-network.org/publications.html>).

<sup>16</sup> Les contestations et manifestations des populations des pays Maghreb qui ont conduit à la démission des présidents tunisien et égyptien l'attestent largement.

<sup>17</sup> La notion de « système juridique » est assez équivoque, car si on considère un seul domaine déjà, on constate avec Krzysztof Pleszka et Tomasz Gizbert-Studnicki qu'il n'existe pas un mais plusieurs concepts du système dans la

électorales est une donnée structurelle de l'ordre juridique étatique africain. En tant que telle, cette idée pourrait paraître aller de soi. Étant donné, en effet, que le nouveau constitutionnalisme<sup>18</sup> définit un ordre juridique démocratique qui consacre le principe d'élection comme mode de désignation des gouvernants, on ne concevrait pas qu'une élection soit organisée sans que ne soit garantie sa transparence.

Comme le souligne Claude Momo « la fraude électorale semble indissociable du processus électoral en Afrique noire elle demeure un élément non négligeable du combat politique »<sup>19</sup>. L'un des objectifs majeurs du président de la République du Mali, en engageant les réformes des institutions en février 2008, était de consolider la démocratie par l'amélioration de la gouvernance et celle des taux de participation des maliens aux élections. Si, d'une manière générale, les taux ont été toujours faibles, on constatera que de 1992 à 2007, il y a eu un léger mieux.

Au Mali, suite à une large concertation avec l'ensemble des acteurs politiques sur les conditions à créer pour aller à des élections apaisées, le gouvernement a décidé de confier la conduite du processus électoral à certaines structures : le ministère l'administration territoriale, la commission électorale nationale indépendante (CENI)<sup>20</sup> et la délégation générale des élections.

Le sujet est intéressant à un double point de vue. Au plan institutionnel, il s'agit de l'analyse d'une institution fondamentale de la démocratie. « Nul gouvernement n'est légitime si son autorité et ses

---

dogmatique juridique ». Voir K. PLESZKA et G. STUDNICKI, « Le système juridique dans la dogmatique juridique », In *Le système juridique*, Archives de philosophie du droit, tome 31, Sirey, 1986, p.107.

<sup>18</sup> Sur la notion même de constitutionnalisme et ses contours en général, voir une synthèse présentée par P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Armand Colin, Coll. « U », 17<sup>e</sup> éd., 1998, p. 61-64.

<sup>19</sup> Cl. MOMO : « La fraude électorale semble indissociable du processus électoral en Afrique noire elle demeure un élément non négligeable du combat politique » Voir Cl. MOMO, « L'administration électorale en Afrique subsaharienne francophone », *Politéia*, 2007, n° 12, p. 403.

<sup>20</sup> Art 3 de la loi électorale.

fonctions ne découlent pas du consentement des gouvernés »<sup>21</sup>. La manifestation de l'adhésion du peuple, titulaire de la souveraineté, à l'exercice du pouvoir politique, implique que les gouvernants soient désignés et légitimés au moyen des élections. L'élection en tant que moyen de légitimation, mérite d'être analysée. Au plan fonctionnel, ce travail vise à proposer des approches de solutions pour une amélioration des processus électoraux qui restent congénital à la démocratie et ceci face aux réserves qui leur sont formulées par ses détracteurs.

Le choix d'un tel sujet se justifie par son actualité avérée au regard de la géopolitique de l'Afrique noire francophone et du Mali en particulier. Les crises et les violences électorales en Côte d'Ivoire en 2010, au Sénégal en 2012, au Togo en avril 2015, au Niger en 2016 attestent bien de l'acuité de la pacification du processus de dévolution du pouvoir politique en Afrique. Sur le plan scientifique, l'étude de ce thème a double intérêt : théorique et pratique. Le sujet sur le processus électoral est digne d'intérêt. Néanmoins, la réflexion n'est pas encore tout à fait saturée, il y a donc toujours quelques possibilités pour explorer à nouveau le sujet sur les élections. L'intérêt de cet article devient encore plus affirmé lorsque l'on envisage le présent sujet sous l'angle précis de la transparence. La recherche semble présenter une originalité en ce sens qu'elle tente de proposer une réflexion centrée sur la question précise de la transparence des élections elle-même.

Du point de vue pratique nous allons faire une analyse juridique et politique du droit électoral. Son organisation et sa mise en œuvre appelle au pouvoir normatif du législateur au sens large qui doit, d'une manière ou d'une autre, respecter les principes généraux du droit électoral. Ces principes concernent essentiellement le respect du suffrage universel.

---

<sup>21</sup> J.-H. HALLOWEL, cité par S. DAKO, *Processus électoraux et transitions démocratiques en Afrique noire francophone. Etude des cas du Bénin, du Cameroun, du Gabon, du Sénégal et du Togo*, thèse de doctorat université d'Abomey-Calavi, 2008, p.12

Dès lors, en se situant à ces deux niveaux théoriques et pratiques de la réflexion, on peut en convenir que la présente recherche renforcerait davantage le droit électoral, en quête « d'identité ». En tout cas, un droit électoral en gestation. Elle permettrait ainsi une avancée dans l'autonomisation du droit électoral et forgerait, dans le vécu quotidien des africains particulièrement des maliens, un nouvel ordre démocratique.

L'analyse du processus électoral ne peut ignorer les méthodes juridiques, car en la régularité et la sincérité électorale, dépend d'un ensemble de dispositif normatif. Mais, étant donné que les normes électorales ont une portée limitée, le recours aux instruments d'analyse de la science politique permettra de mieux comprendre la limite de ces normes afin de pouvoir proposer des pistes d'effectivité de leur effectivité.

La méthode juridique conduit à l'analyse des textes et de la jurisprudence, mais cette analyse ne doit pas être restrictive, elle doit permettre aux juristes la compréhension et l'interprétation des textes. La méthode systématique permet de mieux appréhender l'interprétation des dispositions électorales, mais aussi permet la réceptivité de ces interprétations par les gouvernements, partis politiques, populations et société civile.

La richesse de ce sujet retient l'attention sur une démarche politiste qui hante souvent les juristes publicistes. Cette tentation est légitime quand on sait surtout que la démarche politiste et la démarche juriste interviennent sur les mêmes objets d'analyse et que c'est seulement la méthode qui les sépare, l'une faisant une grande place à une perspective normativiste, l'autre accordant une importance aux faits, à la trajectoire de certaines notions. De plus, les deux sciences se trouvent parfois dans une complémentarité fructueuse, de sorte qu'aucune analyse ne saurait exclure, automatiquement ou absolument, l'autre. Etant donnée la complexité du processus électoral et la variété des activités qui le composent, l'on devrait s'attendre à une série de questions et de problèmes tout aussi variés et nombreux.

Le processus électoral est-il transparent au Mali ? Comment organiser des élections fiables et crédibles au Mali ? Comment garantir l'efficacité de la Commission électorale ? Cela suppose

naturellement que soit réglée, la question de l'indépendance ou de l'autonomie de la Commission électorale. Malgré les signatures et l'adoption de certaines conventions et chartes par le Mali telles que la déclaration de Bamako adoptée le 3 novembre 2000 ; le protocole A/SP1/12/2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance ; la charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; la charte de la francophonie du 23 novembre 2005 ; la transparence en matière électorale reste un défi à relever pour le Mali. Comment peut-on qualifier juridiquement cette idée de transparence des élections?

L'examen de toutes ces questions nous conduira à vérifier l'hypothèse selon laquelle les élections, pour qu'elles soient vraiment considérées comme démocratiques, doivent être transparentes. Il reste que, d'autre part, les contours et la place de la transparence électorale, valeur démocratique et gage de la vitalité démocratique, sont, sinon incertains, du moins très mal connus au Mali.

L'objet de cette contribution n'est donc pas de s'intéresser uniquement au processus électoral, mais bien plutôt de poser la problématique de leur transparence. Pour une meilleure compréhension de notre étude, nous analyserons, dans une première partie (I), la consécration théorique de la transparence électorale, et la mise en œuvre contrastée de la valeur de transparence électorale dans une seconde partie (II).

### **I. La consécration théorique de la transparence électorale**

La transparence des élections au Mali, on peut dire au moins qu'il y a une ébauche de cristallisation de cette valeur. Mais faudrait-il certainement pousser à un degré acceptable de consécration ? Or de manière générale, selon le professeur Oud Bouboutt à propos de la compétence du Conseil d'État français, « l'existence d'un principe au plan formel ne garantit pas son effectivité sur le plan pratique ». Un dispositif axé sur sa concrétisation reste indispensable. C'est fondamentalement, dans cette optique que les Commissions

électorales sont conçues comme un mécanisme institutionnel, de nature à consolider cette poussée vers la transparence des élections<sup>22</sup>. Les Commissions électorales, loin d'être les seuls dispositifs institutionnels internes, constituent à n'en pas douter un point de fixation sensible des mécanismes nationaux de consolidation de la transparence des élections (A). Il est sûr de tous que ces organismes sont convoités et même parfois pris en otage. C'est donc dans ce sens que l'appui de la communauté internationale qui n'a pas vocation à s'éterniser est salutaire pour accompagner, parfois avec une dose de contrainte, les processus de consolidation de la transparence des élections (B).

#### *A. Les mécanismes nationaux d'affirmation de la transparence électorale*

Pour avoir une idée précise sur la question des mécanismes nationaux d'affirmation de la transparence électorale, il y a lieu de s'appesantir sur les dispositifs mis en place pour consolider ou tenter de consolider la transparence des élections au Mali. Ces dispositifs sont variés ; les principaux sont d'ordre normatif (1), d'autres sont d'ordre institutionnel (2).

##### *1. Le socle normatif de consolidation nationale de la transparence électorale*

La poursuite du débat sur le bilan du processus de démocratisation se fait dorénavant sous le prisme de l'organisation d'élections transparentes. Malgré certaines avancées en matière de transparence électorale, le contentieux électoral révèle que ces organes ne sont pas à l'abri des tentations du pouvoir et ne mettent pas définitivement à l'abri le processus électoral. Ainsi, le juge constitutionnel ivoirien, en 2005<sup>23</sup>, alors que le président de la République n'est pas *a priori* compétent pour le saisir aux fins de constater « l'impossibilité du

---

<sup>22</sup> A. S. O. BOUBOUTT, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, préface de Georges VEDEL, Economica, Collection Droit public positif, 1987, p. 230.

<sup>23</sup> DCC ivoirien n° 2005-011/CC/SG du 28 octobre 2005

déroulement normal des élections due à l'existence d'évènements graves, notamment l'atteinte à l'intégrité du territoire », décide de l'habiliter. Ni les difficultés internes de fonctionnement de la Commission électorale indépendante (C.E.I.), ni la mise en oeuvre des mesures exceptionnelles ne suffisent *a priori* à justifier la substitution du président de la République au président de la C.E.I. Des arguments de fait (les opérations électorales ne sauraient être menées alors qu'il y a atteinte à l'intégrité du territoire rendant impossible le déploiement national de l'administration) sont convoqués pour créer la possibilité pour le président de la République de saisir le Conseil constitutionnel au sujet du constat de l'impossibilité du déroulement normal des élections.<sup>24</sup>

La précision qui mérite d'être apportée tend à montrer que les difficultés relatives à la qualité des élections ne se rencontrent pas qu'au Mali. L'actualité électorale dans certains pays témoigne de l'existence ou au moins d'accusations de fraudes électorales, fondées ou fallacieuses, notamment en Burundi en 2015, en Côte d'Ivoire en 2010 et au Kenya en 2008.

Au Mali, les mêmes griefs ont été invoqués et le juge déclare : « considérant que [...] dans certains bureaux de vote, des irrégularités ont été commises notamment : la non-conformité et la non-sécurisation de l'urne ; l'inadéquation de l'isoloir ; l'absence d'isoloir [...]. Considérant que toutes ces irrégularités ont été commises en méconnaissance et/ou en violation de la Constitution et de loi électorale [...], que dès lors, la Cour constitutionnelle a sanctionné ces irrégularités en invalidant purement et simplement les suffrages dans les localités où elles ont été commises ».<sup>25</sup>

Alors que des élections nationales se sont tenues dans plusieurs pays africains en 2016 et en 2017, les institutions chargées de la gestion des élections en gros les Commissions électorales nationales

---

<sup>24</sup> L. SINDJOUN, in *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p. 506.

<sup>25</sup> Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 02-137/CC-EP du 23 mai 2002, Proclamation des résultats du second tour de l'élection présidentielle (du 12 mai 2002), in *Les arrêts et avis de la Cour constitutionnelle du Mali*, inédit, p. 332.

focalisent toutes les attentions en tant qu'acteurs majeurs des processus électoraux et de la formation des perceptions publiques quant à l'effectivité de démocratie<sup>26</sup>.

Il n'y a pas une structure électorale unique qui peut être exportée d'un pays à un autre. Plusieurs structures électorales existent dans l'espace francophone. Elles résultent de l'histoire politique et de la culture démocratique de chaque pays. Chaque structure électorale a ses avantages et ses défis à relever. Les compétences attribuées aux institutions électorales peuvent être plus ou moins larges. Elles peuvent aller de l'organisation matérielle à la supervision des élections. Cette indépendance est plus visible pour les institutions qui, chargées de la conduite de l'entièreté du processus électoral, prennent au quotidien des actes et opérations touchant directement au déroulement des opérations électorales. En revanche, la perception de l'indépendance demeure contingente pour les institutions de supervision et de contrôle qui, elles, ne sont pas généralement investies d'un pouvoir décisionnel, mais d'information, d'alerte et de sensibilisation dont l'effectivité est, au demeurant, conditionnée par le bon vouloir ou la bonne foi de l'administration électorale.<sup>27</sup>

L'opposition entre les institutions d'organisation et les institutions de supervision n'est pas linéaire dans la mesure où la mission assignée à une même institution peut évoluer en fonction des préoccupations politiques et institutionnelles du moment. Des remises en cause structurelles ou fonctionnelles sont toujours possibles. Elles peuvent même aller jusqu'à amener les détracteurs de ces institutions nouvelles à s'interroger sur l'utilité de leur maintien et à recommander la restitution au ministre de l'intérieur la plénitude de ses prérogatives électorales au nom de l'esprit républicain.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> La gestion des élections en Afrique, la qualité des processus, la confiance publique sont des questions centrales. Peter PENAR, Rose AIKO, Thomas BENTLEY et Kangwook HAN, *Synthèse de Politique* n° 35, Afrobaromètre | Septembre 2016.

<sup>27</sup> Voir Pr El Hadj MBODJ « Faut-il avoir peur de l'indépendance des institutions électorales en Afrique ? ».

<sup>28</sup> Par exemple, si au Mali la première CENI fut chargée de l'organisation des élections, les dérives et dysfonctionnements constatés lors des élections

Pour le cas du Mali, la structure chargée de l'organisation des élections est la commission électorale nationale indépendante qui a été créée en 1997, son siège se trouve à Bamako et peut être transféré en tout autre lieu sur le territoire national en cas de nécessité<sup>29</sup>. Elle est chargée de la supervision et du suivi des opérations de vote (référendum, présidentielles et conseillers des collectivités territoriales), mais ses attributions ne concernent pas les élections partielles (art. 3 de la loi électorale du Mali). La CENI et ses démembrements veillent à la régularité du référendum et des élections générales à travers la supervision et le suivi des opérations<sup>30</sup>. La délégation générale des élections assiste la CENI avec une mise à la disposition du personnel d'appui.<sup>31</sup> Et enfin, il y a le ministère de l'Administration territoriale.

Ces organismes de gestion des élections sur l'ensemble du cycle électoral, favorisent le développement d'une expertise électorale et la consolidation de l'expérience cumulée dans la gestion des élections d'un scrutin à l'autre. Peu importe ces structures, les principes directeurs à rencontrer sont les mêmes pour tous les pays : intégrité, impartialité, transparence, professionnalisme et efficacité. C'est en respectant ces principes que l'on peut garantir des élections libres, transparentes et crédibles.

---

législatives de 1997, ont amené les autorités à lui retirer le pouvoir électoral organisationnel, désormais confié à une direction générale des élections rattachée au ministère de l'intérieur. La CENI, dans le nouvel ordonnancement institutionnel du Mali, est devenue juste une institution de supervision et de contrôle des processus électoral et référendaire, à l'instar de l'Observatoire national des élections au Sénégal ou au Cameroun.

<sup>29</sup> Art. 3 de la loi électorale, suivant lequel « Il est créé une Commission électorale nationale indépendante, en abrégé CENI. La CENI est chargée de la supervision et du suivi des opérations référendaires, de l'élection du président de la République, des députés et des conseillers des collectivités territoriales. La CENI a son siège à Bamako. Il peut être transféré en tout autre lieu sur le territoire national en cas de nécessité ».

<sup>30</sup> Art. 14 de la loi électorale : « La CENI et ses démembrements veillent à la régularité du référendum et des élections générales à travers la supervision et le suivi des opérations ».

<sup>31</sup> Cf. art. 27 de la loi électorale du Mali.

Au Mali, dans un arrêt audacieux<sup>32</sup>, la Cour constitutionnelle a déclaré contraires à la Constitution de nombreuses dispositions de la loi électorale, adoptées par le parti présidentiel hyper-majoritaire. Elle a notamment enjoint au législateur de mieux préciser la composition de la Commission électorale nationale indépendante (CENI), au motif que « les règles et les principes doivent s'énoncer clairement de façon à constituer des normes juridiques sans équivoque ».

En 1997, nous avons déjà vu des troubles au Mali, où les élections présidentielles et législatives ont suscité des manifestations violentes de l'opposition, l'expérience a démontré que la commission électorale malienne n'est pas gage de la sincérité des élections. La cogestion peut s'avérer nuisible à la transparence ; c'est pour cette raison préliminaire qu'elle n'est pas forcément une panacée<sup>33</sup>. Ensuite, la collégialité ou plutôt la diversité de provenance de ses membres peut être à l'origine de blocage. Enfin, elle peut déverser dans un unanimité trompeur. Paradoxalement, toute décision unanime des membres de ces structures ne signifie pas forcément que les opérations électorales sont acceptables. Il n'est pas exclu que dans certains pays, les membres de bureau de vote soient tous corrompus, nonobstant la circonstance que les membres du bureau de vote soient issus de formations différentes.

---

<sup>32</sup> Arrêt CC 96-003 du 25 oct. 1996 de la Cour constitutionnelle du Mali, in *Les arrêts et avis de la Cour constitutionnelle du Mali*, à paraître ; voir aussi : P. E. SPITZ, « La Cour constitutionnelle du Mali et le droit électoral », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2 (Dossier : Mali), mai 1997.

<sup>33</sup> L'exemple malien de 1997 montre bien les limites d'une telle formule. En effet, il ne fait aucun doute que cette CENI dans sa composition est la plus concertée qui soit. Selon la loi électorale malienne, sept membres sont désignés respectivement par les partis de la mouvance présidentielle et ceux de l'opposition, huit représentants des communautés religieuses, des avocats, des associations de droits de l'homme, des femmes... et huit représentants de l'administration et du gouvernement. Cette configuration de la CENI devrait normalement être synonyme de transparence. Pour autant, les élections n'ont pas été gérées de manière qui satisfasse tous et dont la transparence a été entachée par de nombreuses irrégularités. L'élection législative a même été annulée par la Cour constitutionnelle. Cette formule reste de toute évidence un gage de transparence mais jamais automatique la transparence elle-même.

Dans ces conditions les élections peuvent très bien ne pas être transparentes, mais d'un avis unanime des membres du bureau de vote, l'on peut être induit en erreur. L'exemple du Congo et du Gabon en est une illustration parfaite. En République démocratique du Congo, où les fraudes électorales ont donné lieu à des manifestations violentes ; et au Gabon, où des heurts sanglants ont éclaté après que le président Ali Bongo ait revendiqué une victoire électorale controversée.

En effet, le plus grand pari réussi dans ce processus de transition démocratique, toujours en cours au Mali et ailleurs, restera sans doute d'avoir réussi à retirer aux administrations centrales la mainmise sur les processus électoraux et à imposer une toute nouvelle logique institutionnelle novatrice en droit.

L'analyse du cadre électoral au Mali révèle une variété d'institutions intervenant dans l'organisation et la supervision des élections, correspondant à autant d'aspects relatifs à la tenue d'une « bonne élection », d'une élection authentique, c'est-à-dire d'une « élection normale » suggère Prince de Hillaire Pockam (H. de P.)<sup>34</sup>.

Ce particularisme institutionnel repose sur l'indépendance de ces organismes, on doit par contre avoir à l'esprit que cette indépendance ne saurait, pour des nécessités de cohérence de l'ordre juridique national, être totale et se manifester à l'égard de l'État.

Le domaine électoral constitue un domaine assez sensible par son maniement du pouvoir politique, donc le devenir du pluralisme démocratique. Et pour gérer ce domaine assez sensible, des organes sont créés. Ce qui inspire à Gbeou-Kpayile le commentaire que « L'existence de ces organismes constitue une novation au regard du schéma administratif traditionnel d'administration qui fait aboutir au ministre et soumet au pouvoir de direction, ou du moins de contrôle du gouvernement, l'ensemble des administrations de l'État »<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> H. POCKAM, « La neutralité électorale en Afrique : Analyse des commissions électorales en Afrique subsaharienne », *Revue Juridique et Politique*, 2006, n° 3, p. 9.

<sup>35</sup> G. KPAYILE, « Réflexion sur les autorités... », *op. cit.* p. 41.

En Afrique la gestion des processus électoraux est, en tout ou partie, confiée à des Commissions électorales nationales (CENI). Qu'elles soient autonomes ou, indépendantes<sup>36</sup>, ces Commissions électorales nationales empruntent la formule d'une autorité administrative indépendante<sup>37</sup>. La création des institutions électorales indépendantes est liée à la recherche d'une formule permettant d'isoler un organisme du gouvernement, des départements ministériels et du Parlement, afin de lui confier la prise en charge du domaine particulièrement sensible de la dévolution, par le biais d'élections honnêtes, régulières, libres et transparentes, des charges publiques.

Aussi, cette indépendance doit-elle être sans équivoque, ainsi que le met en exergue la loi sur la CENI du Niger, l'institution électorale doit être « indépendante de tout pouvoir ou autorité ». Cette indépendance a été réaffirmée par la Cour constitutionnelle du Bénin qui considère la CENA comme « une autorité administrative autonome et indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »<sup>38</sup>.

Le Mali, lors des élections présidentielles en 2002 a confié à trois structures, l'organisation des élections : le ministère de l'Administration territoriale chargé de l'organisation matérielle du scrutin, la délégation générale aux élections (DGE), chargée de l'établissement des listes électorales et la commission nationale électorale (CENI) qui supervise les élections<sup>39</sup>.

L'organe de gestion des élections au Mali est la Commission électorale nationale indépendante (CENI). Son statut et ses

---

<sup>36</sup> Les structures chargées de l'organisation des élections portent des dénominations différentes. En règle générale, elles sont soit autonomes. C'est le cas du Bénin, du Sénégal, du Mali, etc. Ou alors, elles sont indépendantes comme au Togo, en Côte d'Ivoire, en République Démocratique du Congo, etc.

<sup>37</sup> « Les autorités administratives... », *op. cit.*, p. 275. Cependant d'autres prenaient une position plus ouverte (voir par exemple, TEITGEN-COLY.

<sup>38</sup> Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994.

<sup>39</sup> Voir B. CAMARA, « Les élections récentes au Mali—Essai d'analyse du processus démocratique au Mali depuis 1992 ».

compétences sont définis par l'article 3 de la loi n° 2016-048/du 17 oct. 2016 et l'article 14 de la loi n° 2018-014 du 23 avril 2018 du Code électoral.

Pour la réussite des élections libres transparente en plus de la Commission électorale nationale indépendante (CENI) et de l'administration, cette loi a créé une délégation générale aux l'élection (DGE). La CENI de quinze membres est restée en place et son siège est à Bamako. Elle est chargée de la supervision et du suivi de l'élection présidentielle, des élections générales législative et communales et des opérations référendaires (art. 14 et 20). Son mandat prend fin trois mois au plus après la proclamation définitive des résultats de l'élection générale, des élections générales successives ou du référendum. A la fin de son mandat. La CENI adresse un rapport au président de la République. Ce rapport est rendu public dans un délai maximum de trois mois (art. 17). La CENI met en place au niveau de la capitale, la commission électorale du district de Bamako composée de six membres ; la commission électorale locale au niveau du cercle : six; de la commune : six et ambassade ou des consulats trois<sup>40</sup> .

Mais, en quoi peut-elle gérer de façon efficace et impartiale les élections et quelle complémentarité développe-t- elle avec les autres acteurs du processus dans ce cadre ?

Étant entendu que l'acteur principal est la CENI en tant qu'organisatrice des élections, au terme du Code électoral : « elle est techniquement aidée par les départements ministériels concernés par le processus électoral, notamment le ministère chargé de l'Administration du territoire et de la décentralisation » et par la délégation générale des élections.

Les Cours et Tribunaux veillent à la régularité des élections, règlent le contentieux électoral et prescrivent toutes mesures qu'ils jugent utiles au bon déroulement des élections.

---

<sup>40</sup> Voir B. CAMARA, « La pratique de la démocratie à la campagne : les élections communales de 2009 dans la préfecture de Kangaba-Mali », *Légitimité et élections en Afrique francophone, Droit sénégalais* 2017-2018, n° 14, p. 245 à 276.

Au Bénin, la Cour constitutionnelle a considéré, à deux reprises, que la loi ne pouvait ajouter à la Constitution, en créant une condition d'éligibilité à la présidence de la République. En 1996, c'est « l'amendement Tévoédjrè-Ladikpo », obligeant chaque candidat à fournir la preuve de sa renonciation à toute nationalité autre que celle du Bénin et visant, entre autres, à disqualifier Nicéphore Soglo, alors président en exercice, également de nationalité française, qui a été censuré. Dans le même esprit, en 2005, la même Cour constitutionnelle du Bénin<sup>41</sup> a considéré que puisque l'article 44 de la Constitution prévoit que nul ne peut être candidat aux fonctions de président de la République, s'il ne réside sur le territoire au moment des élections, l'article 4 de la loi (portant élection du président de la République) va plus loin en définissant la notion de « moment des élections » comme « la période allant de l'installation de la commission électorale nationale autonome à la proclamation des résultats définitifs ».

Les relations entre la CENI et les autres acteurs du processus électoral sont fondés sur la complémentarité que la loi établit entre eux, à travers les mécanismes d'assistance technique prévus à l'article 27<sup>42</sup> de la loi n° 2016-048/du 17 oct. 2016 portant Code électoral. On peut conclure que la CENI au Mali a réussi à développer des relations de complémentarité avec tous les acteurs impliqués dans le processus électoral.

Sur le plan opératoire, la création des commissions électorales nationales indépendantes ou autonomes, à côté du ministère de l'Administration territoriale, sanctuaire habituel des cuisines électorales, constitue une étape importante de renforcement et de garantie des droits et libertés fondamentaux. Elle permet, d'une part, d'instaurer du moins théoriquement une tradition d'indépendance et d'impartialité en vue d'assurer la transparence des élections et, d'autre part, de gagner la confiance des électeurs, des partis et mouvements politiques. Dans ce prolongement, les juridictions constitutionnelles et ordinaires, juges de la régularité des opérations

---

<sup>41</sup> DCC 05-069 du 27 juillet 2005.

<sup>42</sup> Cf. art. 27 de la électorale du Mali.

électorales nationales et locales, n'hésitent pas à procéder à la rectification matérielle des résultats, voire à leur annulation pour absence d'un nombre suffisant d'assesseurs tel que prévu par la loi électorale<sup>43</sup>.

Surtout, elle a surmonté le fait que chacun de ses membres est le prolongement, en son sein, des contradictions politiques caractéristiques des pratiques découlant du libéralisme en cette matière.

Toutefois, il serait souhaitable que le Code électoral, ou en tout cas la loi électorale soit plus explicite en ce qui concerne les relations de la CENI avec les autres acteurs électoraux. Une dernière jurisprudence intéressante peut être mentionnée en ce qu'elle lie la transparence des élections et la composition de la CENA. Pour la Cour constitutionnelle du Bénin, le « respect du principe à valeur constitutionnelle de la transparence dans la gestion des élections commande que le bureau de la CENA comprenne impérativement les représentants des différentes institutions et organisations ».<sup>44</sup> La gestion des processus électoraux gagnerait en efficacité dans la définition, par la loi, du rôle et des responsabilités de chaque acteur concerné.

Dans la pratique, la CENI a créé plusieurs commissions interinstitutionnelles pour gérer les divers aspects du processus électoral.

#### *2. Socle institutionnel de consolidation de transparence électorale*

En dehors des commissions électorales en tant qu'organismes jouissant d'une réelle autonomie par rapport au gouvernement dans une perspective de consolidation de la transparence des élections au Mali, d'autres mesures sont également prises pour y contribuer davantage.

---

<sup>43</sup> Arrêt n° 02-144/CC-EL (Mali) du 9 août 2002 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection des députés à l'Assemblée nationale (scrutin du 28 juillet 2002).

<sup>44</sup> DCC 05-124 du 7 octobre 2005 ; obs. L. SINDJOUN, in *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, p. 501-502.

Le matériel électoral n'a cessé, au gré des pressions mais aussi certainement en raison d'une volonté politique peu à peu avouée, de se perfectionner au fil du temps. Ainsi, à une urne opaque s'est substituée une urne transparente ; à un bulletin multiple<sup>45</sup>, un bulletin unique.<sup>46</sup>

Le Mali n'a pas échappé au phénomène de contestation des listes électorales de 1992 à 2013 où il a utilisé pour la première fois un fichier biométrique. La modernisation du fichier électoral est en grande partie rendue possible grâce à un certain nombre de facteurs. Assurément, la modernisation du matériel électoral d'enregistrement et d'identification des électeurs repose essentiellement sur l'intégration dans le processus électoral, des technologies de l'information et de la communication. Ces technologies peuvent jouer un très grand rôle dans la réalisation de la transparence des élections.

La colonisation de la gestion des opérations électorales par les technologies de l'information et de la communication est relativement récente et l'usage particulièrement novateur. Ces technologies interviennent dans l'informatisation du fichier électoral mais aussi dans la délivrance de cartes d'électeur informatisées. D'autres systèmes électoraux les utilisent même pour le vote<sup>47</sup>.

Quoi qu'il en soit, malgré toutes ces difficultés, on est loin de la situation d'avant les années 2000. Peu à peu, les choses évoluent. S'il est donc indéniable que des efforts de transparence se sont fait observer dans l'accomplissement des actes électoraux, il n'en demeure

---

<sup>45</sup> La mémoire est encore vive en ce qui concerne les bulletins multiples tant le traumatisme semblait profonde. En effet, chaque candidat avait un bulletin qui identifiait sa candidature. Et, il était très fréquent que les bulletins des candidats du pouvoir sortant soit en nombre impressionnant cependant que les candidats de l'opposition avaient peine à avoir dans les bureaux de vote des bulletins au moins égaux au nombre d'inscrits sur la liste électorale.

<sup>46</sup> L'adoption du bulletin unique est une grande avancée démocratique, mais il ne règle pas tous les problèmes.

<sup>47</sup> Le « logiciel » apparaît chez Dienbéni Wafo comme une « création informatique ». Pour une analyse technique, se référer à D. WAFO, « La protection, par le droit d'auteur, du logiciel en Afrique noire : le pénible éveil », *Penant*, n° 818, 1995, p. 157.

pas moins que ces efforts sont aussi notables à l'égard des personnes, notamment en matière de propagande électorale.

L'élaboration d'une liste électorale fiable, à partir d'un recensement électorale national approfondi RAVEC, constitue une garantie essentielle à la tenue de scrutins transparents. Cette étape du processus électorale représente un enjeu particulièrement important dans la perspective de la préparation des échéances électorales.

Malgré l'existence du fichier électronique et la carte biométrique certains problèmes persistent toujours.

Il faut noter qu'en dehors des actes matériels qui viennent renforcer le droit à la transparence des élections<sup>48</sup>, ce qui, de manière décisive, préserve ce droit, ce dernier est substantiellement procédurier. Le fichier électorale malien a fait l'objet d'une révision ordinaire du 1<sup>er</sup> octobre au 31 décembre 2017 et d'une révision spéciale en février et mars 2018. Il a été arrêté à 8 000 462 électeurs.

Ledit fichier a été audité par un comité composé des acteurs nationaux et des experts de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF). L'audit a conclu à la fiabilité du fichier mais a souligné certaines failles telles que le non radiation des personnes décédées. Par ailleurs, le fichier mis en ligne par la DGE a soulevé d'autres contestations par certains partis politiques de l'opposition. Un travail d'apurement de ces anomalies s'avère nécessaire pour améliorer la qualité du fichier électorale. La mission déplore le fait que le taux d'environ 78 % de retrait annoncé avant le scrutin ne se soit pas reflété dans le taux de participation<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 501-502.

<sup>49</sup> [www.au.int](http://www.au.int) Mission d'observation électorale de l'union africaine pour l'élection présidentielle du 29 Juillet 2018 en République du Mali.

**B. Les mécanismes internationaux d'appui à la transparence électorale**

La présence de la communauté internationale se manifeste donc à travers certains mécanismes d'appui à la transparence des élections organisées notamment au Mali. Dès lors, il sera utile de voir concrètement quelles sont les formes d'intervention ou « d'ingérence électorale » de la communauté internationale de manière globale (1). De ce point de vue, il sera très intéressant de spécifier clairement le rôle joué par chaque acteur international dans le sens de l'exigence de transparence des élections. On pourra donc envisager la question au besoin sur la base de quelques exemples dans une perspective illustrative afin de mieux l'approfondir (2).

*1. Un concours des organismes d'intégrations régionales*

L'implication de la communauté internationale dans l'organisation des processus électoraux dans le respect de l'exigence de transparence ne devrait certainement pas faire l'ombre d'un doute<sup>50</sup>. Cette implication est d'ailleurs assez notoire et diversifiée. L'ordre international ne s'est pas contenté d'exiger, mais il s'est parfois impliqué concrètement sur le terrain (par exemple, en Côte d'Ivoire l'ONU s'est impliquée dans le processus électoral en 2010) La question que l'on devrait ainsi se poser reste sans doute de savoir sous quelle forme concrète cette implication a lieu, autrement dit la nature de l'appui de la communauté internationale à la transparence des élections.

La vive controverse sur l'interventionnisme électoral de la communauté internationale, fondée sur l'égalité souveraine des États<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Cf. les analyses de K. VASAK, *op. cit.*, p. 185 et s. ; R. BEN ACHOUR, « Normes internationales souhaitables de *lege ferenda* relatives aux élections », dans *Liberté des élections*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>51</sup> Voir à propos de ce principe du droit international une abondante littérature, notam. N'GUYEN Quoc Dihn et autres, *Droit International Public* ; J. COMBACAU ; S. SUR et M. BENG, « L'expression du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le nouvel environnement institutionnel des Etats africains en mutation », *Revue de droit africain*, n° 16/00, p. 462-

et touchant à « la sphère des affaires régies par l'Etat de manière exclusive »<sup>52</sup> a été l'occasion de s'interroger globalement sur l'implication de la communauté internationale dans la recherche de la démocratie en Afrique. Cette ingérence démocratique, même si elle n'est pas en soi une panacée et surtout si elle emporte des réserves, reste tout de même indispensable à l'institutionnalisation de la démocratie électorale. Ainsi, une fois que la transparence des élections est formulée en termes d'exigence, il devenait, dans une perspective sans doute tournée vers son effectivité, plus sûr de développer certaines mesures pour accompagner cette exigence.

Plus d'élections sans leurs observations internationales<sup>53</sup> ainsi se formulait la position de la communauté internationale à l'égard des États du tiers-monde. L'implication démocratique de la communauté internationale révèle le souci croissant d'effectivité du droit à des élections transparentes. C'est une vérité logique qu'à partir du moment où elle attache une importance presque axiologique aux

---

478. Des références existent dans ce sens et constituent même une matière âprement discutée. L'égalité souveraine des États, clé de voûte du droit international avec son corollaire la non-ingérence dans les affaires intérieures, a donné naissance au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Suivant ce principe, le choix du gouvernement fut ainsi considéré comme une affaire « relevant essentiellement de la compétence nationale » pour reprendre la formule de l'article 2 § 7 de la charte des Nations unies. Le principe de non-ingérence a surtout servi à légitimer une interprétation minimaliste du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes sur le plan interne. Voir dans ce sens, M. KAMTO, « Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle », *Cours polycopié, Académie internationale de droit constitutionnel de Tunis*, Session de juillet, 1998, p. 1-5 ; G. SCELLE, « Critique du soi-disant domaine de compétence exclusif », *RDILC*, 1933, p. 365-367 ; O. SCHACHTER, « Is There a Right to overthrow an Illegitimate Regime ? ». In *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : mélanges en l'honneur de Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, 511 p., p. 423-430 ; N. OUCHAKOV, « La compétence interne des États et la non-intervention dans le droit international contemporain », *RCADI*, vol. 141, 1974, p. 1-86.

<sup>52</sup> N. KAPITA, *La pratique onusienne des opérations de consolidation de la paix : analyse, bilan et perspectives*, thèse, Nancy Université, 2010, p. 93.

<sup>53</sup> D. KOKOROKO, « Contribution à l'observation... », *op. cit.*, p. 23.

élections fiables, la communauté internationale se doit d'inventer des mécanismes efficaces pour rendre concrète cette exigence électorale. L'observation internationale des élections vise à répondre à cette réalité presque impérative.

Les bailleurs de fonds, en exigeant l'organisation d'élections transparentes pour le maintien ou la reprise de la coopération économique, ont sans doute, de façon indéniablement décisive, contribué à l'émergence et à la consolidation de cette exigence de transparence électorale. Les prêts de la Banque mondiale ou du Fonds monétaire international sont accordés en considération de la nature démocratique des gouvernants. Le problème, c'est que le mécanisme est tel que l'acceptation est parfois à contrecœur et surtout pour des raisons évidentes de coopération avec l'extérieur ; et à cela s'ajoute également l'intervention de certaines organisations internationales.

La question de l'assistance électorale internationale, bien qu'elle paraisse comme ayant toujours accompagné le mécanisme d'observation, découle en réalité des critiques adressées contre celui-ci. Pourtant, le mécanisme d'assistance électorale, lui-même sujet à caution, est en pleine mutation<sup>54</sup>.

Les critiques contre le mécanisme d'observation électorale fusent de toutes parts, aussi bien les critiques constructives que celles destructrices. De ce fait, et c'est sa faiblesse fondamentale, l'observation est devenue une sorte de label démocratique. Le concept a très rapidement fait l'unanimité. C'est ainsi que sa conceptualisation a été complétée par la publication du *Guide méthodologique de l'assistance électorale de la CE*, du *Manuel sur la Conception de l'Administration Électorale de International IDEA* et du *Guide de la Mise en œuvre de l'Assistance Électorale* du PNUD. Cette approche a été officiellement adoptée par la CE et par le PNUD lors de chaque projet

---

<sup>54</sup> L. OGNIMBA, « Cadre juridique de l'observation et de l'assistance », in *Prévention des crises et promotion de la paix : démocratie et élection dans l'espace francophone*, Volume II... Textes réunis par Jean-Pierre VETTOVAGLIA, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Albert BOURGI, Christine DESSOUCHE, Joseph MAILLA, Hugo SADA et André SALIFOU, Bruyant, Bruxelles, 2010, p. 88-103.

d'assistance électorale sous l'appellation de « Lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de l'assistance électorale » datant d'avril 2006. Le document stipule que « l'assistance électorale doit prendre la mesure de toutes les phases du cycle électoral et que les intervalles entre les élections sont aussi essentiels que les périodes de préparation des scrutins, rendant nécessaire des contacts réguliers entre les institutions et les activités de soutien avant, pendant et après les périodes électorales afin de tirer des enseignements et de fonder une mémoire interinstitutionnelle, visant à améliorer le processus électoral. Ces lignes directrices constituent désormais le catalyseur engageant d'autres agences de développement à adopter la stratégie et les caractéristiques des projets d'assistance électorales menées par le PNUD.

La société civile malienne a démontré sa capacité à s'impliquer dans l'organisation des élections mais aussi dans la sensibilisation des citoyens pour un climat de dialogue social de réconciliation et d'apaisement. Elle a été accompagnée dans son action par la communauté internationale notamment l'Union Africaine, l'Union européenne, l'USAID et la MINUSMA. L'engagement de la société civile dans l'observation des élections a contribué à renforcer la confiance des citoyens dans le processus<sup>55</sup>.

Les partis politiques bénéficient d'une attention particulière de la part de la Communauté internationale. L'OIF, en particulier, a contribué à leur formation pour l'émergence en leur sein de bonnes pratiques démocratiques, de nature à favoriser la prégnance des préoccupations liées à la transparence des élections. On pourra encore citer les initiatives du National Democratic Institute (NDI), particulièrement actif dans le renforcement des capacités des partis politiques. Le PNUD et l'UE ont mis au point un nouveau projet d'appui au processus électoral (PAPE) visant à renforcer davantage les capacités des partis politiques notamment.

C'est dire que les partis politiques font partie des acteurs électoraux majeurs pour lesquels un renforcement de capacités est

---

<sup>55</sup> [www.aui.int](http://www.aui.int) Mission d'observation électorale de l'Union africaine pour l'élection présidentielle du 29 Juillet 2018 en République du Mali.

indispensable. Dans une même perspective, la société civile reçoit, elle aussi, un appui substantiel pour contribuer à la réalisation de la transparence des élections. Plusieurs raisons servent de base à l'implication de la société civile et surtout les ONG.

## *2. Un concours international des ONG internationales*

Plusieurs organisations internationales se sont mobilisées variablement et ont donc contribué à l'éclosion du sentiment de la nécessité de transparence des élections. D'une manière générale, nombreuses sont ces organisations internationales qui interviennent en matière électorale. Les ONG internationales, comme Transparency International et Amnesty International, ont contribué à l'éclosion de la conviction à aspirer à une transparence aussi bien dans la gestion des deniers publics, la protection des droits de l'homme que surtout la transparence des élections. On ne saurait oublier d'autres corporations comme l'OSCE, le Human Right Watch qui ont de nos jours acquis une certaine notoriété dans le domaine de l'observation électorale ou de l'assistance électorale.

Conformément à ce principe, l'ONU a réalisé un certain nombre d'actions dans le but de soutenir l'organisation d'élections honnêtes et crédibles. Il s'agissait initialement, au-delà de l'observation des élections, d'un appui technique à la tenue et à la supervision des scrutins : vérification de la conformité des actes électoraux au droit national et standards internationaux ; coordination et soutien aux missions électorales internationales et régionales présentes sur le terrain<sup>56</sup>.

Ainsi qu'il apparaît dans le rapport de l'OIF, l'ONU tend, de plus en plus, à mettre l'accent sur l'assistance électorale et sur la coordination technique et logistique des missions internationales d'observation électorale, plutôt que sur l'observation des élections elles-mêmes, considérée comme plus coûteuse, difficile à mettre en place et dont l'impact est parfois moindre sur le processus électoral global. Consciente de l'importance de l'assistance électorale, cette

---

<sup>56</sup> L. OGNIMBA, « Cadre juridique de l'observation et de l'assistance », art. cit.

organisation en arrive même à personnaliser en quelque sorte son action.

La crédibilité, la légitimité et la confiance dans ces institutions et dans les partis politiques deviennent, à cet égard, des critères essentiels à prendre en compte dans la définition des politiques d'appui aux processus électoraux. Ainsi, compte tenu de l'accroissement des demandes d'assistance technique enregistrées depuis une dizaine d'années, l'ONU tente d'opérer un recentrage opérationnel sur les domaines sensibles du processus électoral, telles que l'inscription des électeurs et la création de bases de données en matière électorale. Elle tient compte également des demandes des États concernant l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la gestion des élections<sup>57</sup>.

Le PNUD, avec sa position de représentant du système des Nations unies et ce, nonobstant les critiques dont il fait l'objet<sup>58</sup>, joue un rôle prépondérant et varié dans le domaine de l'accompagnement électoral international. C'est ainsi que cette structure spécialisée de l'ONU coordonne l'assistance électorale internationale, un rôle de premier plan au même titre que celui de la coordination de l'assistance internationale.

On voit bien ainsi que l'UA pour sa part a aussi adopté les mêmes mécanismes que ses homologues et assimilées d'autres continents.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> OIF, *Rapport sur l'état des pratiques démocratiques...*, *op. cit.*

<sup>58</sup> L'Alliance pour la démocratie et le progrès (ADP) et le Collectif attirent l'attention de l'opinion nationale et de la communauté internationale sur l'implication personnelle du représentant résidant du PNUD et coordonnateur du système des Nations unies, Monsieur Anthony Kwaku Ohemineng-Boamah, dans la mise en œuvre de la procédure exclusive imaginée et exécutée par la seule CENI, au mépris des lois et des bonnes pratiques démocratiques. En adoptant une telle attitude, le représentant du PNUD dans notre pays contribue à ternir l'image de l'institution internationale qui est supposée observer une parfaite neutralité dans son action. Cette attitude du représentant du PNUD en Guinée contraste avec l'idéal de paix et de prospérité véhiculé par les Nations unies et qui fondent sa crédibilité. Voir, le communiqué de presse de l'ADP et le Collectif des partis politiques pour la finalisation de la transition, Conakry, le 28 mars 2012.

<sup>59</sup> On peut citer par exemple l'OEA, l'OSCE, etc.

Cet intérêt ne saurait donc être mis en doute seulement, les résultats semblent bien émaciés.

La MOEUA (la Mission d'observation électorale de l'Union africaine) a été déployée conformément aux dispositions de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007, entrée en vigueur en 2012, de la déclaration de l'OUA/UA sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique de 2002, des directives de l'Union africaine pour les missions d'observation et de suivi des élections de 2001 ainsi que de la Constitution et des lois maliennes.

Pour tout dire, pour faire de cette valeur de transparence des élections un outil juridique fiable, elle nécessite à tous points de vue d'être impérativement réajustée.

## **II. Une mise en œuvre contrastée de la valeur de la transparence électorale**

Le contraste insinué à propos de la transparence des élections est de ce point de vue fondé. Ce contraste suggère que les vertus de la transparence électorale ne sauraient être mises en doute (*A*), quoiqu'il faut rester lucide pour ne pas perdre de vue les vices qui, sans conteste, la fragilisent médiatement ou immédiatement (*B*).

### ***A. Les vertus de la transparence électorale***

Il semble d'usage que la prise de conscience de la nécessité de la transparence dans la conduite des opérations électorales n'est souvent possible seulement que lorsque survient une grave crise sociopolitique. C'est dire que très souvent, les acteurs « jouent avec le feu » et ce n'est qu'après qu'ils en prennent conscience, alors même qu'ils seraient capables de progrès et d'éviter les crises. Cette inquiétude est nourrie par la déception qu'inspire fortement l'organisation des consultations électorales devant permettre au peuple d'exprimer librement ses choix. Cette inquiétude est d'autant plus grande que, positivement, la transparence des élections permet de renforcer les bases de la société étatique en mettant à sa tête les personnalités qui sont réellement l'émanation du peuple.

La recherche de la transparence des élections peut être particulièrement fructueuse pour accroître l'association du peuple à la gestion du pouvoir et donc à rapprocher le pouvoir lui-même de son titulaire et réaliser ainsi l'essence de la représentation politique (1). Elle présente aussi des incidences positives sur le plan pratique en complétant la théorie, en ce sens qu'elle offre une expérimentation pour l'accroissement de la qualité de la production normative en matière électorale (2).

*1. Une efficacité théorique de la transparence*

La transparence électorale elle-même a une portée qui peut dans un sens être considérée comme limitée. En fait, il s'agit ponctuellement d'une manière de conduire un processus électoral de sorte que la volonté du peuple ne soit ni altérée, ni empêchée, ni abolie. En revanche, sa portée s'étend considérablement dans la mesure où le choix des dirigeants s'inscrit dans un processus démocratique donné, sinon au commencement du pouvoir politique.

La transparence des élections, une fois réalisée, permet à l'élu de disposer d'une autorité réelle et indiscutable ; autrement dit, de légitimer l'élu. De ce point de vue, n'impliquerait-elle pas finalement par elle-même une limitation efficace et pragmatique du pouvoir politique ?

Le triomphe de la démocratie libérale ne peut se dissocier de celui de l'exigence de transparence dans la dévolution du pouvoir politique. La transparence des élections cristallise forcément la légitimité démocratique. Il sera donc indispensable de s'interroger sur la corrélation entre les deux principes après avoir au préalable clarifié la résurgence du principe de légitimité démocratique.

Selon M. Duverger, « La démocratie sans le peuple »<sup>60</sup> où les représentants décident eux même et entre eux seuls de leurs alliances et de la politique nationale, se transforme en « République de citoyens<sup>61</sup> » où ces derniers font les choix politiques et décident des orientations générales du pays que les élus doivent mettre en œuvre.

---

<sup>60</sup> Maurice DUVERGER, *La démocratie sans le peuple*, Paris, Seuil 1967.

<sup>61</sup> Maurice DUVERGER, *La République des citoyens*, Paris, Ramsay, 1982.

La légitimité démocratique est l'une de ces notions tardivement découvertes en Afrique<sup>62</sup> parce qu'elle serait, semble-t-il, longtemps considérée comme incompatible avec le principe de souveraineté étatique.

Il est vrai qu'à première vue, la légitimité démocratique semble découler de ce principe d'autonomie constitutionnelle qui a de tout temps sous-tendu les relations internationales et le droit international lui-même<sup>63</sup>. À ce titre, elle serait non seulement incompatible avec la positivité de la souveraineté, mais elle ferait double emploi avec ce principe-là. En réalité, bien loin de cette vision restrictive des choses, le principe de légitimité démocratique viendrait valoriser ou au moins préciser davantage le sacro-saint principe de souveraineté étatique.

Le lien entre légitimité démocratique et transparence des élections ne fait l'ombre d'aucun doute. D'ailleurs, il est possible de se demander si l'une et l'autre ne pourraient pas être tenues pour des synonymes. Il y aurait sûrement des raisons solides de le penser. Cependant, il y a lieu de séparer les deux notions et il n'est plus opportun de revenir sur la distinction qu'il pourrait y avoir. Ce qui en revanche présente une valeur ajoutée, c'est bien de privilégier le lien ou plus exactement la corrélation qui existe entre les deux.

Cela dit, ce principe de séparation des pouvoirs manifeste, de nos jours, ses limites, non pas dans son fondement qui semble bien transcendantal, mais dans son dispositif technique. Les pouvoirs ne sont plus séparés que dans la théorie, au point que l'on peut légitimement avancer l'idée que cette séparation est caduque.

La transparence dans la gestion du pouvoir et plus particulièrement, l'association et la participation du peuple dans la gestion du pouvoir ne semble pas faire partie de nombreux régimes politiques. S'il peut paraître vrai que le peuple n'est pas qualifié pour

---

<sup>62</sup> A. KPEDU, *Réflexion sur les autorités op. cit.* p.50

<sup>63</sup> Le principe de souveraineté est, il faut le dire, une pierre angulaire ou « pierre d'angle » pour parler comme le professeur Virally, des rapports interétatiques. Voir sur ce point, M. VIRALLY, « Une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », In *Les relations internationales dans un monde en mutation*, I.H.E.I. Leyde, 1979, p. 179-195.

gérer, par lui-même, son pouvoir et que son rôle se résumerait à désigner ses représentants<sup>64</sup>, la caducité du principe de la séparation des pouvoirs laisse place à un vide.

En somme, le caractère positif de l'exigence de transparence électorale est un gage sérieux de la construction et/ou de la consolidation. Au regard de cette importance majeure que revêt la transparence des élections, on peut s'étonner de la paresse normative aussi bien du côté législatif que de celui de la jurisprudence dans sa formulation conceptuelle et dans sa cristallisation.

## *2. Une cristallisation de la pratique électorale malienne*

Il serait sans doute exagéré de prétendre que l'exigence de transparence des élections est impossible à atteindre, encore que rien ne soit fait pour en assurer la traduction dans la pratique politique et juridique. A l'inverse, il serait naïf de se contenter de se réjouir de ce qui se fait pour respecter ou assurer le respect de l'exigence de transparence électorale. A tout le moins, ce que l'on peut dire c'est que cette exigence est aujourd'hui irréversible. On peut relever les efforts qui se font dans ce sens. Mais, ils restent encore peu significatifs et surtout les inquiétudes deviennent vivantes quand on se rend compte que les actions butent sur des questions d'un enjeu important pour la transparence des élections.

Il est possible de dire aujourd'hui qu'il se dessine peu à peu une lueur de normalisation de la vie politique. Il n'en demeure pas moins qu'en règle générale, les mentalités commencent à évoluer et à mûrir démocratiquement. Sans doute, est-ce à cause de l'évolution des données politiques sur le plan international mais aussi à cause de la détermination des acteurs qui prétendent à la position dominante du pouvoir politique<sup>65</sup>. Tous ces facteurs convergents ont certainement

---

<sup>64</sup> Ce postulat d'incapacité du peuple est à prendre avec réserve, dans la mesure où il semble manifester une certaine contradiction. La réponse apportée par Montesquieu ne semble pas tout à fait infaillible. Voir dans ce sens, L. JAUME, « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, n° 120, 2006, p. 7.

<sup>65</sup> K. TAPO, *Les structures de gestion des opérations électorales : le cas de la CENI au Mali*, Bamako, 2000, p. 284. et s.

contribué à asseoir une dynamique politique et institutionnelle nouvelle.

En raison de l'importance du chronogramme, il est donc intéressant de s'interroger sur les raisons qui justifient sa prise en compte dans la législation électorale. Est-ce une ignorance ou une banalisation par le législateur ? Il faut relever que c'est surtout sous l'effet conjugué de l'insistance des bailleurs de fonds et la pression des oppositions démocratiques qu'on a vu naître cette pratique.

Cette situation est fort logique dans la mesure où il n'y a pas d'indications ou même d'indices juridiques permettant d'exiger l'établissement du chronogramme électoral. À ce vide juridique, répond néanmoins une pratique structurante qui impose la nécessité du chronogramme électoral comme un élément déterminant de la gestion transparente des élections.

Par ailleurs, en considérant que l'élaboration du chronogramme est une occasion de consultation entre la CENI, le pouvoir et les autres protagonistes pour prendre en compte tous les paramètres pouvant avoir une incidence heureuse sur les opérations électorales et les résultats du scrutin, cette activité de programmation devient finalement un acte très important. Ainsi, ces facteurs, plus ou moins maîtrisés, illustrent la sincérité de la volonté des acteurs impliqués et stimulent l'adhésion de tous pour aller dans le sens de M. Tapo qui soutient que « un chronogramme diffusé et précis à temps est un gage et une source importante de la confiance de tous »<sup>66</sup>.

Dans un environnement de sortie de crise ou même de consolidation des processus électoraux, la définition du chronogramme se révèle incontournable et peut même faire office de proposition d'engagement entre la CENI et les citoyens. C'est, en effet, à travers le chronogramme que toutes les tâches à exécuter sont connues des acteurs extérieurs à la CENI. Cela permet une plus grande lisibilité dans la mesure où les autres acteurs pourront facilement se rendre compte des éventuels manquements et si possible prendre des mesures pour anticiper les fraudes.

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

***B. Les vices liés à la transparence électorale***

Ces obstacles sont multiples. Parmi les plus importants, certains sont structurels (1), tandis que d'autres relèvent de la conjoncture démocratique (2).

*1. Les vices structurels de la transparence électorale*

La réflexion sur l'exigence de transparence des élections est particulièrement caractérisée par une incertitude quant à la nature juridique même d'une telle exigence et quant à ce qu'elle comporte comme incidence sur l'organisation juridique. La montée de l'exigence de transparence électorale ne s'est donc pas accompagnée d'une réflexion très approfondie sur la question.

L'exigence de transparence électorale est difficile à saisir dans la mesure où elle s'apparente pour partie aux objectifs de valeur constitutionnelle et pour partie elle s'en éloigne. Quand on y pense, quand on a l'impression de la maîtriser, la cerner devient difficile et quand on la saisit elle fuit entre les doigts. Le constat qui se dégage de la réalité, c'est qu'il y a comme une sorte d'abdication de la réflexion sur une notion aussi fondamentale que celle de l'exigence de transparence des élections. Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette exigence est évoquée et formulée dans la réalité sous forme d'un objectif.

L'exigence de transparence des élections présente certaines caractéristiques qui semblent effectivement la rapprocher et qui ont même tendance à l'assimiler à un objectif de valeur constitutionnelle. En l'occurrence, il ne fait pas de doute que l'une des caractéristiques de cette catégorie juridique semble bien se ramener à un certain flou ou, comme le dit Pierre de Montalivet, à une particulière imprécision<sup>67</sup>.

Les ambiguïtés de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance semblent avoir fait un amalgame. En effet, la charte stipule qu'elle a pour objectif de « promouvoir la tenue régulière d'élections transparentes, libres et justes »<sup>68</sup>. Selon cette

---

<sup>67</sup> P. MONTALIVET, *op. cit.* p. 11.

<sup>68</sup> Charte africaine de la démocratie.

stipulation, il est clair que la transparence des élections est un objectif. On peut *a priori* douter et hésiter à le concevoir ainsi puisque si l'objectif de la charte, c'est la transparence des élections, cela ne signifie pas de manière péremptoire que la transparence des élections devient par là même un objectif. Mais, le doute s'éteint lorsque la charte parle d'une promotion de la transparence des élections. La promotion n'est pas libellée en termes normatifs et ne saurait jamais s'analyser comme une obligation. Elle demeure toujours un dessein, un objectif. C'est dire que, de ce point de vue, la transparence des élections apparaît, dans cet instrument juridique, comme un objectif.

En revanche, il en va différemment lorsque la charte stipule par ailleurs que les Etats prennent l'engagement de mettre en œuvre la charte conformément aux principes notamment : « la tenue régulière d'élections libres et transparentes ». Il n'y a donc pas lieu d'hésiter à considérer que cette stipulation est libellée en des termes normatifs, obligatoires ; car si «les Etats parties s'engagent à mettre en œuvre »<sup>69</sup> un instrument juridique ou même simplement une des dispositions d'un instrument juridique, c'est que, dans un sens, l'exigence d'élections transparentes constitue un principe, car on ne peut pas raisonnablement estimer que ceux-ci ont tout de même entendu se donner une simple faculté.

C'est alors qu'apparaît la confusion. Dans cette même charte coexistent des dispositions contradictoires. En particulier, si son article 2 en a fait un objectif, l'article 3 érige la même transparence en

---

<sup>69</sup> La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance - décision EX.CL/301 (X) adoptée par la huitième session ordinaire de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine tenue le 30 janvier 2007 à Addis Abeba (Ethiopie)- donne une portée juridique plus effective à cette déclaration. En effet, il résulte des stipulations de l'article 17 de la charte, la réaffirmation de l'engagement des Etats parties à tenir régulièrement des élections transparentes, libres et justes conformément à la déclaration de l'Union sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique. A ces fins, tout Etat partie doit en application de l'article 17-1 créer et renforcer les organes électoraux nationaux indépendants et impartiaux, chargés de la gestion des élections. Source. Website : [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org)

un principe. Dans ces conditions, lequel des deux articles doit l'emporter sur l'autre ? Toute tentative de réponse dans un sens se révélerait hautement hasardeuse. Ce qui dilue, par suite, la haute teneur juridique de la transparence des élections dont on aurait cru apercevoir les dimensions. La charte africaine ne permet donc pas de résoudre le problème.

La même incertitude se présentait déjà avec la déclaration de Bamako en novembre 2000. Selon cette déclaration, les ministres et chefs de délégation des Etats et de gouvernements des Etats ayant le français en partage prennent l'engagement de « s'assurer que l'organisation des élections s'effectue dans une transparence totale ». La disposition met sans aucun doute à la charge des Etats-parties, de véritables obligations comme résultant de leur engagement, c'est-à-dire de leur volonté à se lier par cette exigence de transparence électorale. Mais alors, le problème se pose justement quant à son opposabilité aux différents Etats dans la mesure où l'instrument juridique choisi est une déclaration. Dès lors, quelle peut être l'effectivité de la contrainte que les Etats ont semblé s'imposer si elle est contenue dans une déclaration ? Ici encore, une réponse tranchée est difficilement concevable ou en tout cas risquée.

Objectif de valeur constitutionnelle et exigence de transparence, ce sont là deux valeurs qui semblent analogiques l'une de l'autre. Si cela se vérifie, alors, la seconde sera irrésistiblement une composante de la première. A la vérité, il s'agit là de deux concepts qui sur un plan structurel, sont irréalisés. Irréalisé, l'objectif de valeur constitutionnelle (OVC) l'est en raison de sa nature propre, c'est-à-dire que c'est dans sa nature même que de ne pas le réaliser. En cela, l'OVC est structurellement irréalisable. C'est une appréciation similaire qui semble perceptible dans les discours sur la transparence. Et l'imaginaire est de plus en plus forgé dans ce sens et qui dangereusement risque de conduire à dire que cette exigence de transparence est irréalisable. Ces deux notions seraient donc difficiles d'application et se présentent alors comme un idéal.

2. *Les vices conjoncturels de la transparence électorale*

La sanction des élections est diverse. Lorsque les élections sont bien organisées, elles sont réputées transparentes et la sanction normale, c'est la confirmation des résultats dans leur globalité consacrée par leur proclamation officielle. Lorsqu'elles sont entachées d'irrégularités, hormis les cas d'erreurs qui doivent rester très marginaux, cela laisse libre cours à des soupçons de fraude.

La fraude électorale participe des infractions politiques qui « portent atteintes à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, soit à un intérêt politique de l'Etat soit à un intérêt politique du citoyen »<sup>70</sup>. Les fraudes sont des infractions politiques « par nature ». Parce qu'elle est susceptible d'exercer une influence sinon une pression sur le corps électoral mais aussi sur les élections, la fraude est réprimée. La répression de la fraude électorale est une réalité textuelle. Elle apparaît clairement dans les législations électorales en Afrique. Elles sanctionnent et, si possible, répriment normalement les atteintes contre les actes mais aussi celles contre les personnes.

Au Mali, lors de l'élection présidentielle du 9 mai 2002, sur 2 201 154 votants, seuls 1 564 776 suffrages ont été considérés comme « valablement exprimés » par la Cour constitutionnelle ; 95 590 bulletins étaient réputés nuls et 541 019 suffrages ont été annulés.<sup>71</sup> La meilleure manière d'assurer l'exigence de transparence électorale reste sans doute d'éviter que des faits et gestes, des comportements d'individus en viennent à porter atteinte au déroulement normal des opérations électorales. Cependant, l'homme étant toujours enclin à satisfaire ses intérêts souvent envers et contre tous, une sanction pénale est malheureusement indispensable pour assurer la transparence des élections conformément au droit électoral. Il s'agit de punir les contrevenants mal intentionnés dans la perspective de prévenir de futures éventuelles atteintes ou tentatives d'atteintes à la législation électorale.

---

<sup>70</sup> B. OWEN, « Les fraudes électorales », *Pouvoirs*, 2006, n° 120, p. 144-145.

<sup>71</sup> Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 02-136/CC-EP des 8 et 9 mai 2002, Proclamation des résultats du premier tour, *op. cit.*, p. 329.

Le problème dans ce cas de figure, c'est sans doute comment engager la responsabilité pénale d'une structure comme la CENI, qui plus est, dans un domaine du droit électoral ? Les figures les plus emblématiques de la délinquance électorale sont les pressions sur les électeurs et les membres des bureaux de vote, la manipulation des résultats, etc. L'inquiétude est d'autant plus vive que la question de la fraude n'est pas facile à cerner. En effet, la difficulté à recenser les fraudes électorales tient à leurs caractéristiques et aux conditions de leur publicité mais aussi à la complexité de l'analyse quantitative des « anomalies » électorales. Peu de travaux scientifiques se risquent à proposer une approche quantitative des pratiques frauduleuses et leurs résultats restent souvent fragiles<sup>72</sup>.

\*

\*\*

Le présent article n'a pas visé à créer un droit électoral qui existe déjà. Cette modeste contribution, nécessairement appelée à être améliorée et approfondie par d'autres recherches, consiste à dire, à cet égard, que la perspective d'un principe fondamental de transparence électorale offre des fondations moins mouvantes au droit électoral en Afrique, mais surtout au Mali.

La question de la transparence des élections au Mali n'a tout de même pas atteint, du moins pour le moment, un degré critique de maturation juridique, telle qu'elle puisse servir de quelque façon que ce soit de base à toute construction juridique solide<sup>73</sup>. En sus de cela, d'un point de vue de théorie et de pratique juridiques, naissent des incertitudes, au double regard de sa nature et de sa portée juridique, instaurant ainsi un climat d'insécurité juridique dont il devient donc

---

<sup>72</sup> Monsieur Frédéric Ilboudo évoque des tentatives d'un séminaire international sur la question de la corruption électorale en Afrique de l'Ouest, tenu du 27 au 28 novembre 2003 dans la salle de conférences de Ouaga 2000. Voir son article dans *L'Opinion* n° 322 du 3 au 9 décembre 2003, [www.zedcom.bf](http://www.zedcom.bf).

<sup>73</sup> P. QUANTIN, « La démocratie en Afrique en Afrique a la recherche d'un modèle », *Pouvoirs*, Seuil, Paris, 2009//22, n° 129, p. 55-66

impérieux de sortir. Sans doute est-ce parce que, assez récente dans un domaine lui-même en quête de cristallisation de son autonomie le droit électoral, cette notion se révèle très redoutable à cerner. Néanmoins, une proposition a été avancée sur le sens et la portée juridique de cette transparence électorale et cette proposition doit nécessairement être davantage mûrie.

Du point de vue de sa concrétisation pratique, étant donné cette insuffisante consécration juridique, on ne s'étonnera pas que la question donne lieu à un bilan fort contrasté.<sup>74</sup> Le Mali organise des élections, il en organise constamment de façon récurrente. La question que l'on se pose est de savoir si elles sont toutes de véritables élections au sens noble du terme, c'est-à-dire si elles sont toutes transparentes.

En effet, si pendant longtemps, les gouvernants se sont montrés hostiles à l'application en matière électorale des TIC, ces technologies tendent aujourd'hui à se généraliser. Cela crédibilise davantage le processus électoral et c'est donc un pas vers la transparence des élections. Par ailleurs, des actes, tel le chronogramme électoral, qui n'étaient pas prescrits par la législation électorale mais dont la mise en œuvre contribue à la transparence électorale ont été forgés par la pratique électorale qui se cristallise de plus en plus et contribue à l'institutionnalisation d'une démocratie et d'une culture électorales. À ce stade, l'Afrique n'aurait plus besoin d'une participation accrue de la communauté internationale, car, comme on l'a dit, une telle participation ne se conçoit que parce que les États africains se montrent incapables de gérer par eux-mêmes le processus électoral tel que cela rencontre l'assentiment de tous les acteurs. C'est à ce stade seulement que l'État africain pourra compétir sur la scène internationale en tant qu'acteur et non plus spectateur. En attendant, sur le plan du contrôle juridictionnel des élections, il s'est avéré que le Bénin, à l'instar d'autres États minoritaires au demeurant comme le Ghana, fait généralement preuve d'activisme dans la promotion de la

---

<sup>74</sup> B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, p. 5-26.

transparence des élections<sup>75</sup>. Appréhendées de manière transversale, ces considérations, par l'effet d'abstraction, varient sensiblement en fonction des États. Certains ont pu être considérés comme faisant des efforts substantiels sur le plan, soit de la gestion administrative, soit du contrôle juridictionnel, soit des deux à la fois.

Au regard du double contraste aussi bien dans l'ordre des principes juridiques, dans l'ordre de la pratique que sur les deux à la fois et, conscient d'autre part qu'une « élection libre et juste n'est pas seulement le fait de déposer le bulletin dans l'urne mais aussi de voir clair sur l'ensemble du processus »<sup>76</sup>.

Le procès de la démocratie africaine<sup>77</sup> est, on le sait, assez complexe. Au fond, le vrai problème de la démocratie et du constitutionnalisme qui la porte réside dans une tension constante entre deux réalités. C'est cette tension qui fait que l'on révisé les constitutions non pas parce qu'on est convaincu que cela apporte quelque chose au constitutionnalisme et surtout au peuple, ce qui serait considéré comme la marche normale du constitutionnalisme et que l'Afrique chercherait sa voie.

On peut en effet se demander si les révisions constitutionnelles unilatérales n'ont pas fini par remettre en cause le consensus qui a souvent prévalu aux débuts du renouveau constitutionnel des années 1990. En ce cas, il serait tout à fait utile de renouer avec ce consensus sur l'ensemble des grandes questions d'intérêt national. Aussi séduisante qu'elle puisse paraître, cette idée peut s'avérer illusoire.

Une piste de réflexion, sérieuse et peut-être radicale, pourrait alors préconiser d'écourter les mandats présidentiels notamment pour forcer au respect des règles du jeu ? En fait, la durée du mandat

---

<sup>75</sup> M. DISSOU, *Le Bénin et l'épreuve démocratique. Leçons des élections de 1991 à 2001*, L'Harmattan, Coll. « Points de vue concrets », p. 159 et s.

<sup>76</sup> *Journal du Citoyen*, n° 28, semaine du 17 au 23 avril 2006.

<sup>77</sup> A. NGUIDJOL, *Platon : le procès de la démocratie africaine*, L'Harmattan, Coll. Pensée africaine, Paris, 2008, 119 p. ; ég., P. AKINDES, *Les mirages de la démocratie en Afrique subsaharienne francophone*, Codesria, 1996, 246 p. ; J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques. Points de repères et interrogations », *Afrique contemporaine*, n° 164, oct-déc 1992, p. 50, etc.

resterait inchangée, mais par une disposition claire, les élections doivent être précédées d'une période intérimaire où le président sortant, surtout s'il est candidat à sa propre succession, cesserait d'exercer ses prérogatives présidentielles pendant au moins le mois qui précède la tenue des élections au bénéfice du président du Parlement.

Le Mali doit garantir l'organisation des élections conformément aux standards internationaux. La Constitution garantit les droits et les libertés fondamentales du citoyen notamment la liberté d'association, d'opinion. La participation des partis politiques dans l'organisation des élections a été l'une des révisions majeures de la loi électorale de 2016 modifiée par la loi du 23 avril 2018. Cette révision qui a été le fruit d'un large consensus entre la majorité et l'opposition renforce la transparence du processus électoral et est conforme au protocole de la CEDEAO sur la démocratie.

Malgré les signatures et l'adoption de certaines conventions et chartes par le Mali (telles que : la déclaration de Bamako adopté le 3 novembre 2000 par les Ministres et chefs de délégation des Etats et gouvernements des pays ayant le français en partage lors du symposium international sur le bilan des pratiques de la démocratie , des droits et libertés dans l'espace francophone ; le protocole A/SP1/12/2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité ; la déclaration de l'OUA sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique 2002 ; la charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; la charte de la francophonie adoptée par la conférence ministérielle de la francophonie à Antananarivo le 23 novembre 2005 ; la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007) de nos jours, des défis majeurs jalonnent encore le processus électoral au Mali<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> V. HELGESEN, *Rapport sur les Partis politiques en Afrique de l'Ouest. Le défi de la démocratisation dans les États fragiles*, avant-propos de S. ADEJUMOBI, International IDEA, Stockholm, 2007.

Le taux de participation lors du dernier scrutin de juillet 2018 était relativement faible. Un accent particulier doit être mis sur la formation des agents électoraux aux procédures et aux règles en matière de tenue du bureau de vote et de dépouillement ainsi que l'utilisation des documents électoraux. Il est nécessaire de faire des réformes majeures du système électoral malien en vue de créer une structure autonome, unique de gestion des élections animées par des personnalités de haute probité morale et intellectuelle.

L'Etat malien doit définitivement régler la question de l'effectivité et de la transparence des élections sur l'ensemble du territoire national afin de sauvegarder ainsi d'une part l'unité du Mali et d'autre part le droit au vote de tous les citoyens Maliens. La loi électorale en dépit des améliorations qu'elle apporte au système électoral révèle dans son application certaines difficultés et insuffisances qu'il conviendrait de prendre en charge.

Enfin, la gestion du temps, la question logistique et l'équation sécuritaire sont les principaux défis sur lesquels le gouvernement et l'ensemble des acteurs du processus électoral doivent travailler pour permettre la tenue d'élections libres apaisées et transparentes sur toute l'étendue du territoire national. A cela s'ajoute le problème du fichier électoral et la carte biométrique qui posent tant de problèmes.

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes juridiques

- Art 14 de la loi n° 2018-014 du 23 avril 2018 portant modification de la loi n° 2016-048 du 17 oct. 2016 portant loi électorale du Mali
- Art 3 de la loi électorale du Mali
- Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990
- Constitution de la République du Mali du 25 février 1992
- CEDEAO, Protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance, additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité a été signé lors de la 25<sup>ème</sup> édition de la conférence des chefs d'État et de gouvernement en 2001 réunie à Dakar
- Déclaration universelle des droits de l'homme art. 21, Rés. n° 217A de l'AG (III), AGO, 3e sess., 1<sup>e</sup> plén. Mtg., U.N. Doc. A/810 (déc. 10, 1948) [ci-après Déclaration universelle].
- Loi n° 2006-25 du 5 janvier 2007 portant règles générales pour les élections en République du Bénin

### Ouvrages généraux

- BOUBOUTT O., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, préface de Georges VEDEL, Economica, Collection Droit public positif, 1987, p. 230
- CHEVALLIER J., « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? ». In, *Les mutations contemporaines du droit public : mélanges en hommage à Benoit Jeanneau*, Dalloz, Paris, p. 361-381
- DUHAMEL O., et MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Puf, 1<sup>ère</sup> éd., 1992, p. 283
- FALL I. M., *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, 310 p.
- GUEYE B., « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, p. 526
- HOLO T., « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États d'Afrique de

l'espace francophone africain : régime juridique et système politique », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 17-41

-JAUME L., « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, n° 120, 2006, p. 7

-MANA K., *L'Afrique va-t-elle mourir ? Essai d'éthique politique*, préface de Gabriel Vahanian, Karthala, Coll. « Chrétiens en liberté », Paris 1993, 105 pages

-SINDJOUN L., *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 598 pages

-TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, t. 1 (1835), rééd. GF Flammarion, Paris, 1981, p. 117

### **Ouvrages spécialisés**

-DESOUCHES, *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2010, p. 553-573

-DISSOU M., *Le Bénin et l'épreuve démocratique. Leçons des élections de 1991 à 2001*, L'Harmattan, Coll. « Points de vue concrets », p.159 et s.

-FALL A., « Le processus de démocratisation en Afrique francophone : le juge de l'élection dans l'impasse ? (Essai de prospective) », in BOIS DE GAUDUSSON Jean DU, BOURGI A. et OWEN B., « Les fraudes électorales », *Pouvoirs*, 2006, n° 120, p. 144-145

-ISMAILA MADIOR F., MATHIAS H., et JINADU A., *Organes de gestion des élections en Afrique de l'Ouest : une étude comparative de la contribution des commissions électorales au renforcement de la démocratie*, Johannesburg, Afrique du Sud, Sénégal, AfriMAP, 2012, 273 p.

-MATHIAS H., et FALL I.M., *Les commissions électorales en Afrique de l'Ouest : analyse comparée*, Abuja, Nigeria, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2011, 200 p.

-MOMO Cl., « L'administration électorale en Afrique subsaharienne francophone », *Politéia*, 2007, n° 12, p. 403

### Thèses

- GHISLAIN A., *Le juge de l'élection présidentielle et crises électorales en Afrique noire francophone : étude sur les mutations de l'office du juge électoral*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, soutenue le 15 décembre 2015
- HALLOWEL J.H., cité par DAKO S., *Processus électoraux et transitions démocratiques en Afrique noire francophone. Etude des cas du Bénin, du Cameroun, du Gabon, du Sénégal et du Togo*, Thèse de doctorat université d'Abomey-Calavi, 2008, p. 12
- HOUNAKE K., *Les juridictions constitutionnelles dans les démocraties émergentes de l'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Gabon, du Niger, du Sénégal et du Togo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2012
- KAPITA N., *La pratique onusienne des opérations de consolidation de la paix : analyse, bilan et perspectives*, Thèse, Nancy Université, 2010, p. 93009, p. 501-502
- KOKOROKO D., *Contribution à l'étude de l'observation internationale des élections*, Thèse, Poitiers, 2005..., *op. cit.*, p. 23

### Articles

- CAMARA B., « Le processus démocratique et la performance économique au Mali depuis 1991 », *Revue internationale de droit africain (EDJA)*, n° 94, 3<sup>ème</sup> trimestre, 2012, Dakar, Sénégal
- CAMARA B., « La pratique de la démocratie a la campagne : les élections communales de 2009 dans la préfecture de Kangaba-Mali » in *Revue du Droit Public*
- CAMARA B., « Les élections récentes au Mali—Essai d'analyse du processus démocratique au Mali depuis 1992 »
- CAMARA B., « La transition démocratique comme forme d'inversion sociale en Afrique de l'Ouest. Le cas du Mali », In *Revue malienne des sciences juridique, politiques et économiques (REMASJUPE)*, n° 1, 2015, Bamako/Toulouse Capitole, Mali/France
- COULIBALEY B., « Le pouvoir de suffrage dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Annales de l'Université de Lomé*, 1997-1998, p. 122-174

- DIARRA A., « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990. Les cas du Bénin et du Mali », in *Revue du Droit Public*, n° 4, 2001, p. 1120-1157
- FALL.I. M., « Quelques réserves sur l'élection du président de la République au suffrage universel », *Afrique contemporaine*, n° 242, 19 octobre 2012, p. 99-113
- KOKOROKO D., « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle à la consolidation des acquis démocratiques », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 18, juin 2007, p. 87-108
- MELEDJE D., « Fraudes électorales et constitutionnalisme en Afrique », in *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 785-815
- POCKAM H., « La neutralité électorale en Afrique : Analyse des commissions électorales en Afrique subsaharienne », *RJP*, n° 3, 2006, p. 355-359
- QUANTIN P., « La démocratie en Afrique à la recherche d'un modèle de pouvoirs », *Pouvoir*, Seuil, Paris, 2009//22, n° 129, p. 55-66
- TAPO K., « Les structures de gestion des opérations électorales : le cas de la CENI au Mali », Bamako, 2000, p. 284. et s.

### **Jurisprudence**

- Conseil constitutionnel, décision n° CI-2015-EP-162/02 11/CC/SG portant proclamation du résultat définitif de l'élection du président de la République du 25 octobre 2015
- Conseil constitutionnel, décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 4 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de président de la République de Côte d'Ivoire.
- Cour constitutionnelle du Mali, arrêt n° 02-137/CC-EP du 23 mai 2002, Proclamation des résultats du second tour de l'élection présidentielle (du 12 mai 2002), in *Les arrêts et avis de la Cour constitutionnelle du Mali*, inédit, p. 332
- Décision CC 05-069 du 27 juillet 2005, président de la République, Nata Théophile, André Irénikatché Dassoundo, Assouma Aboudou, Sacca Lafia, Djibril Debo : contrôle de constitutionnalité, loi n° 2005-26 portant règles particulières pour l'élection du président de la République votée par l'Assemblée nationale le 18 juillet 2005, loi

n° 2001-19, conformité sous réserve, non-conformité, conformité inséparabilité.

-Décision DCC 01-012 du 22 janvier 2001, Bio Bigou Bani Léon, Sacca-Kina G. Shabi Jérôme, président de la République : contrôle de constitutionnalité, élection des membres de la CENA par l'Assemblée nationale, jonction de procédure, défaut de qualité, irrecevabilité, violation de la Constitution