

NUMERO SPECIAL

Faculté de droit public
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako

**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES
ET ECONOMIQUES DE BAMAKO (REMASJUPE)**
n° 3 – 2016

NUMERO SPECIAL

textes réunis par Bakary Camara

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2016

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

ISBN : 978-2-36170-127-7

Directeur de publication : M. le doyen de la Faculté de droit public (FDPU)

Comité scientifique :

- Augustin ANASSE
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Bakary CAMARA
- Olivier DEVAUX
- Abdoulaye DIARRA
- Eloi DIARRA
- Alioune Badara DIOP
- Ndiaw DIOUF
- Seydou DIOUF
- Moussa DJIRE
- Ismaïla Madior FALL
- Barnabé Georges GBAGO
- Naffet KEITA
- Georges KOBOU
- Adama M. KPODAR
- Augustin LOADA
- Ibrahima LY
- Robert NEMEDEU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mahaman Sanoussi TIDJANI ALOU
- Ibrahim David SALAMI
- Filiga-Michel SAWADOGO

- Samba THIAM
- Samba TRAORE
- Leonardo A. VILLALON

Comité de lecture :

MM. les professeurs

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

TABLE DES MATIERES

PREFACE Bakary Camara.....	13
I – DROIT PRIVE	
LA RECHERCHE D'EQUILIBRE EN DROIT CIVIL Koffi Etienne Alla.....	17
REFLEXION SUR LE DROIT MALIEN DES SUCCESSIONS Mamadou Bakaye Dembélé.....	63
LES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTE AU MALI: UN MEPRIS DES REGLES PROCEDURALES Mamadou Guisse.....	95
L'ARBITRAGE OHADA, UN INSTRUMENT DE PAIX EN MATIERE D'AFFAIRES ! Robert Nemedeu.....	125
LA LIBERTE DE RETRAIT DANS LES SOCIETES A CAPITAL VARIABLE AU REGARD DE L'AUSCGIE Daphtone Lebeke Omouali.....	141
LE DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DE L'OHADA : LE REGRET D'UN PROJET D'ACTE UNIFORME ABROGE Christian Techiot sop.....	171

Table des matières

II – DROIT PUBLIC

LA SECURITE ALIMENTAIRE ET LE DROIT A L'ALIMENTATION A L'EPREUVE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX EN AFRIQUE DE L'OUEST : LES RISQUES D'UNE DESILLUSION François Collart-Dutilleul et Alhousseini Diabate.....	199
LE CANTON COLONIAL : ECARTELE ENTRE PRINCIPES DE L'ASSIMILATION ET DU RESPECT DES COUTUMES INDIGENES Kadi Dago.....	215
LE VERIFICATEUR GENERAL AU MALI : MIMETISME INSTITUTIONNEL Mamadou Kéïta.....	243
LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A L'EPREUVE DE LA PARTICIPATION ELECTORALE INTERNATIONALE EN AFRIQUE FRANCOPHONE Agnero Privat Mel.....	259
LA CÔTE D'IVOIRE CARCÉRALE DE 1893 A 1958 B. Séraphin Néné Bi.....	291
L'ORDRE PUBLIC OUEST-AFRICAIN par Dianguina Tounkara.....	317
DROIT INTERNATIONAL AU MALI : LES JURIDICTIONS NATIONALES A L'EPREUVE D'UNE APPLICATION EFFECTIVE par Moussa Etienne Toure.....	353

III – SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES

POLITIQUES SCOLAIRES ENTRE PERMISSIVITE ET RIGORISME AU MALI: NAISSANCE D'UNE COUCHE DE NEO ANALPHABETISME Moriké Dembele	375
--	-----

Table des matières

L'EMERGENCE ET LE DEVELOPPEMENT D'UN « COMPLEXE CONFLICTUEL REGIONAL » AU SAHEL Kadidiatou Gazibo.....	407
UNE APPROCHE THEORIQUE DES LIMITES DE LA RECHERCHE DE L'IDENTITE A MENAKA (REGION DE GAO) : LES <i>DAOUSSAHAQ</i> ENTRE LA QUETE DE SOI OU LE DEVENIR AUTRE Naffet Keïta.....	429
SOUVERAINETE DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO A L'EPREUVE DE DROIT INTERNATIONAL. CAS DE L'OCCUPATION MBORORO DANS LES UELE Emmanuel Tamidrîbe Tanyobe.....	463
L'IDENTITE <i>DJENNENKE</i> A L'EPREUVE DES REFORMES POLITIQUES : DEMOCRATIE ET DECENTRALISATION Boureima Touré.....	481
LA VIOLENCE UNIVERSITAIRE AU MALI: PRINCIPES REGULATEURS D'UN MODE DE GOUVERNANCE DES ETUDIANTS Idrissa Soiba Traoré.....	499

PREFACE

**Bakary Camara,
maître de conférences agrégé,
doyen de la Faculté de droit Public (FDPU)**

Un an après le lancement du premier numéro de *REMASJUPE*, nous voici au troisième que nous avons voulu spécial. Pourquoi « NUMERO SPECIAL » ? Ce numéro est spécial parce que tout d'abord, la *REMASJUPE* n'apparaît qu'une seule fois par an ; ensuite, elle est alimentée par des actes de colloques revus et réécrits sous formes d'articles ; enfin, ce numéro trois sort spécialement pour permettre aux jeunes chercheurs de publier leurs travaux en vue d'une candidature prochaine aux comités techniques (CTS) du CAMES de juin 2016 et au concours d'agrégation de novembre 2017.

Le deuxième numéro, sorti en même temps que le troisième constitue le second tome de « L'inversion sociale : un défi au droit et à l'ordre ».

Comme nous l'avons dit dans le discours d'ouverture du colloque sur « l'inversion sociale » de mars 2015, l'objectif de la *Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques* est de promouvoir les travaux scientifiques des chercheurs d'Afrique et du monde entier qui travaillent dans les domaines des sciences sociales et humaines. C'est un outil de travail dont l'objectif est de servir les chercheurs.

Comme son nom l'indique, ce numéro est divisé en trois rubriques : droit public (six articles), droit privé (sept articles) et sciences politiques et assimilés (six articles). A travers le nombre de ces travaux, leur qualité et leur diversité, nous nous rendons compte de la richesse accrue de la production scientifique africaine.

- I -

DROIT PRIVE

LA RECHERCHE D'EQUILIBRE EN DROIT CIVIL

Koffi Etienne Alla,
enseignant-chercheur à l'UFR SJAP de l'Université Félix Houphouët-
Boigny d'Abidjan-Cocody

1. « La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées »¹. Cette pensée résume la trame de l'étude de la question de la recherche de l'équilibre en droit civil telle qu'envisagée à travers les analyses qui suivront.

Il faut relever dans un premier temps que la recherche de l'équilibre entre des intérêts divergents est une recherche permanente en droit de sorte qu'elle se présente toujours comme un sujet de réflexion vivace pour les juristes de tout siècle.

2. Néanmoins, pour la clarté de tout ce qui suivra², la recherche de l'équilibre en droit civil suppose avant tout que l'on soit au clair sur la teneur de l'équilibre à rechercher et surtout de justifier le choix du droit civil comme domaine d'investigation.

3. Le terme « équilibre » est riche de significations : il désigne notamment l'« état de ce qui est soumis à des forces opposées égales »³ ou la « juste proportion entre des choses opposées »⁴ ou encore l'« état de stabilité ou d'harmonie qui en résulte »⁵. Mais, de ses significations, l'on peut tirer que le terme équilibre est porteur d'un double sens.

L'équilibre s'entend d'abord de l'égalité entre des droits en conflit et

¹ P. CATALA, « Discours préliminaire » cité in « Présentation générale de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil) », Rapport du 22 septembre 2005, p. 2, n° 1.

² Et, comme le dirait J. Carbonnier, «peut-être afin de me faire pardonner tout de suite d'avoir compris le sujet à ma guise » (V. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylants, 1984, p. 99).

³ Dictionnaire *Le Petit Robert*, Paris, 2013, V° sous « équilibre », p. 526.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

nécessite alors une juste répartition des charges autour d'un centre de gravité. Mais, s'agit-il, en ce cas, de la recherche d' « un juste milieu » entre les intérêts en conflit ? La notion de « juste milieu » est une notion qui a des connotations avec les idées philosophiques et qui peut se comprendre comme la « mesure entre deux extrêmes ». Or la notion de mesure (ou d'équilibre) « ne s'induit ni de règles fixes et préétablies, ni de textes de loi, ni de règles de “justice” et de “morale” ; mais, elle s'induit de la situation personnelle des individus appréciée *in concreto*, eu égard aux éléments de temps et d'espace »⁶. En outre, la notion de « juste milieu » n'a pas le même contenu pour tous : « variable dans le temps, l'espace et le milieu (...), [elle] s'adapte aux milieux, aux époques et aux réalités sociales »⁷. Le droit ne peut alors se contenter que d'une certaine idée de l'équilibre : L'équilibre en soi est un idéal, mais il ne peut être imposé de façon arythmique.

L'équilibre, c'est ensuite la stabilité, puisque « l'ensemble ainsi conçu est propre à demeurer dans sa position, sans mouvements imprévisibles ; s'il est bien assuré, même une force extérieure ne peut facilement le rompre ».

4. A la question de savoir ce qu'inspire l'équilibre au droit, l'on peut répondre que l'équilibre y est appréhendé comme moyen de justice ou en tant que facteur de paix sociale, de concorde. L'équilibre se présente alors comme une notion cardinale du droit, un leitmotiv du droit justifié surtout par la recherche du juste (de la justice)⁸.

5. Il a certes pu être avancé que « le droit n'est pas, en soi, affaire de justice. Il est affaire d'ordre. Il naît de la structure sociale. L'objectif essentiel du droit est en effet de faire régner l'ordre dans la société ; il ne se préoccupe

⁶ V. VANNES, *op. cit*, p. 41, n° 21.

⁷ *Ibid.*

⁸ La symbolique iconographique représente la Justice comme une femme aux yeux bandés, figée dans une attitude hiératique, tenant, dans une main, une balance aux plateaux en rigoureux équilibre, et, dans l'autre, selon les circonstances, les tables de la loi, ou une corne d'abondance, ou un glaive, ou un sceptre (V. J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et de droit français, Introduction – Méthodologie – Synthèses*, Ed. Dalloz, Paris, 1992, p. 55). Mais, d'aucuns pensent qu'au lieu d'avoir comme symbole de la justice la balance et notamment le glaive, le symbole de la justice devrait être l'aiguille. Ainsi, le professeur F. Wodié a pu écrire ces mots : « (...) ne serait-il pas plus ‘juste’, remontant le temps, de recueillir l'héritage de la tradition qui retient comme emblème de la justice l'aiguille ? L'aiguille qui peut nous piquer certes ; mais piquer ou se faire piquer, nous en conviendrons sans peine, n'est nullement la fonction première de l'aiguille, encore que cet aiguillon puisse réveiller nos consciences individuelles trop facilement et trop rapidement assoupies, et provoquer comme un sursaut collectif ; la fonction essentielle de l'aiguille est de servir à coudre ou à raccommoder le tissu (...) quand il s'effiloche ou s'est déchiré (...) » (Voir F. WODIE, « Le juge et la loi », in *Les Bonnes pages*, Les Editions du CERAP, 2011, p. 19, consultable sur <http://www.cerap-inades.org>).

donc pas ou par essence de faire régner le juste dans la société. Il a une mission fondamentale, celle de faire régner l'ordre dans la société dans le respect de la règle de droit. Il est composé d'un ensemble de règles générales, abstraites et impersonnelles qui doivent permettre la vie en société. Le droit impose une soumission à la règle et il sanctionne la violation de la règle »⁹. Cependant, comme l'énonce, dès son premier alinéa, le *Digeste*¹⁰, le droit dérive de la justice en cela qu'il est *ars aequi et boni* (*jus est ars aequi et boni*, c'est-à-dire *le droit est l'art du bon et du juste*)¹¹. En effet, selon le *Digeste*, le *jus* (le droit) qui vient de *justitia* (justice), « est une volonté constante et perpétuelle de conférer à chacun son droit » (*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*)).

Le droit recherche précisément la stabilité (*jus est stabili et securi*, le droit est la discipline de la stabilité et de la sécurité) et la justice des situations juridiques qui poursuivent très souvent des buts antagonistes. L'idée de justice dans la vie sociale par la réalisation d'un équilibre entre des préoccupations en présence, des réalités en présence, est donc caractéristique de l'esprit juridique. Ainsi, le droit s'efforce de « peser les valeurs et intérêts, et de donner à chacun une place en rapport avec sa pertinence ; traiter identiquement ce qui est identique, et différemment ce qui est différent »¹².

6. Outre ce préalable d'essai de définition de l'équilibre, le choix délibéré du terrain du droit civil comme champ d'investigation gagnerait à être également justifié.

Il est certes vrai que le thème de cette analyse s'insère dans le thème général de la recherche de l'équilibre en droit ; mais dans l'optique d'une délimitation du champ de recherche, le choix s'est porté sur le droit civil. Il est évident que le domaine du droit civil étant immense¹³, l'on pourrait s'interroger de savoir si cela ne serait pas courir le risque d'un travail trop étendu pour être vraiment approfondi. Cependant, ce choix s'explique par ce que le droit civil semble se prêter à une réflexion globale sur le sujet. En

⁹ V. VANNES, *op. cit.*, p. 40, n° 19.

¹⁰ V. *Digeste I, I, I*. Au sujet du *Digeste*, il faut dire qu'en l'an 530 après Jésus-Christ, c'est-à-dire une cinquantaine d'années après la prise de Rome par les barbares et la disparition de l'empire romain d'Occident, JUSTINIEN, empereur d'Orient, fit établir la compilation des solutions et analyses acquises en droit romain depuis le milieu du deuxième siècle avant Jésus-Christ. Ce vaste ouvrage fut publié trois ans après (en l'an 533) sous les noms de *Digeste* et *Pandectes*.

¹¹ Cette définition fut donnée par le jurisconsulte romain CELSE au deuxième siècle après Jésus-Christ.

¹² J.-P. GRIDEL, *Notions fondamentales de droit et de droit français, Introduction – Méthodologie – Synthèses*, Ed. Dalloz, Paris, 1992, p. 57.

¹³ Le domaine du droit civil en tant que discipline du droit est, au demeurant, très large. Il englobe notamment le droit des personnes et de la famille, le droit des biens, le droit des sûretés, le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile.

effet, le droit civil, « pivot du droit privé » se présente tel un « tronc robuste d'un arbre dont les branches procèdent et se ramifient sans se délier de leur souche »¹⁴ et s'offre comme un terrain favorable pour tenter de rechercher des lignes de cohérence et de proposer des articulations transversales, notamment sur un sujet d'une telle ampleur. Bien plus, il ne s'agira en réalité que d'une étude fondée sur des exemples tirés de telle ou telle branche de la matière de droit civil. Partant, l'étude entreprise se propose –sans prétention aucune– d'être une proposition de prolégomènes, ou à tout le moins d'y contribuer, pour des études futures plus poussées sur la question.

7. Cela étant, la question essentielle à laquelle l'on tentera de répondre, est la suivante : Comment l'existence potentielle de déséquilibres est-elle appréhendée en droit civil ? En d'autres termes, comment le droit civil assure-t-il l'équilibre des situations juridiques antagonistes déséquilibrées ?

La loi¹⁵ est là, en premier, pour souhaiter ou imposer l'équilibre : Le droit étant destiné à prévenir les situations pathologiques ou à y remédier, le législateur est conduit à corriger certains déséquilibres dans les rapports conflictuels dans un but de recherche de la sécurité juridique. Ainsi, par exemple, au travers de l'égalité des pouvoirs entre les époux, c'est en réalité l'équilibre qui est recherché. L'idée n'est pas de mettre les époux sur un pied d'égalité pour qu'il y ait un pied d'égalité, mais c'est plutôt pour que le couple fonctionne de façon équilibrée. En ce sens l'égalité est un média pour aller vers l'équilibre. Il y a également des hypothèses dans lesquelles si les pouvoirs ne sont pas équilibrés entre eux, la relation est malgré tout équilibrée : il en est ainsi de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle dans laquelle les pouvoirs ne sont pas équilibrés. Mais elle est définie comme un ensemble de droits et de devoirs, c'est-à-dire pour rééquilibrer le fait que les pouvoirs soient concentrés en les mains de la personne qui exerce ce pouvoir, le titulaire de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle doit exercer ses prérogatives dans l'intérêt de l'enfant. Du coup, la relation est

¹⁴ P. CATALA, *op. cit.*, p. 3, n° 3.

¹⁵ Ce vocable peut s'entendre dans cette analyse à la fois dans son *sens matériel que formel*, même si le sens formel est *celui à retenir techniquement*. En effet, dans le vocabulaire juridique, la « loi » possède deux sens : Au sens matériel, sens plus large, elle désigne toute règle de droit et se ramène donc au droit objectif, quel qu'en soit l'auteur et les modalités de formulation. En ce sens, la loi se définit comme « une prescription de caractère général, formulée avec une précision suffisante pour que les intéressés puissent la connaître avant d'agir » (H. BATIFFOL, cité par J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 182-183). En un sens plus étroit, formel, la loi désigne la règle de droit élaborée par l'organe que la Constitution investit du pouvoir législatif, tout en le soumettant à des limites et à des procédures déterminées. En ce sens, comme l'écrivait CARRE DE MALBERG, « la loi, ce n'est pas toute règle quelconque, mais seulement la règle émise dans une certaine forme » (CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, t. 1, n° 121).

équilibrée car il a certes le pouvoir mais il ne peut l'exercer que dans l'intérêt de l'enfant.

Mais, quand il s'est agi (ou quand il s'agit) de dégager les référents qui puissent assurer un équilibre recherché par la législateur, ce dernier donne l'impression d'être contraint de recourir à des référents imparfaits à travers des notions à contenu variable, bridant du coup cette volonté législative de recherche de l'équilibre. Fort heureusement, comme à travers une sorte de délégation de pouvoir entre le législateur et le juge, ce dernier intervient à la suite du premier pour donner un contenu à ces référents d'équilibre et construire l'équilibre des droits voulu par le législateur lui-même.

8. A l'analyse, le législateur d'abord et le juge ensuite sont chargés d'arbitrer les conflits entre droits ainsi nés. Le législateur compose la chanson et laisse le soin au juge de l'interpréter fidèlement (en respectant la volonté du législateur) sans pour autant que ce dernier ne se prive quelquefois une touche d'originalité dans cette exécution. Pour dire que le législateur et le juge jouent un rôle complémentaire dans la recherche de l'équilibre en droit civil. Mais l'action du législateur et celle du juge sont non seulement distinctes mais chronologiques : l'équilibre est voulu *a priori* par la loi (**I**) et est construit *a posteriori* par le juge (**II**).

I - L'équilibre voulu *a priori* par la loi

9. Le droit étant destiné à prévenir les situations pathologiques ou à y remédier, la recherche de la sécurité juridique impose au législateur de corriger certains déséquilibres dans les rapports conflictuels. L'équilibre est alors une notion cardinale du droit ; la recherche constante d'équilibre des situations juridiques devient un leitmotiv du droit, leitmotiv qui se justifie surtout par la recherche du juste (de la justice).

L'idéal de justice poursuivi par le législateur suppose en effet que les rapports sociaux ne doivent pas reposer sur une juxtaposition de droits ou sur un exercice égoïste des droits, mais sur la nécessité d'un rapport d'équilibre régissant l'interaction de ces différents droits. En conséquence, dès lors les droits et intérêts en jeu sont pertinents, le souci du législateur sera alors d'essayer de les concilier, de chercher à les équilibrer surtout que ces droits et intérêts sont généralement foncièrement antagonistes et déséquilibrés.

10. Ainsi que l'on peut le voir, la recherche de l'équilibre par le législateur est l'expression d'une volonté suscitée par des réalités irréductiblement déséquilibrées (**A**). Malheureusement, cette volonté du législateur de recherche d'équilibre est bridée par le recours incontournable à des référents imparfaits (**B**).

A - Une volonté suscitée par des réalités irréductiblement déséquilibrées

11. L'on est sans ignorer que la mission principale du législateur est de confectionner la loi, de concevoir et rédiger la règle de droit. Et dans la confection de la loi, dans l'élaboration d'un texte, l'art du législateur est de considérer tous les intérêts et valeurs en présence. Aussi, le législateur a-t-il permis l'existence d'un cumul de protections dont chacune possède un dynamisme propre.

Malheureusement, les intérêts servis par chacune des libertés civiles s'entrechoquent et mettent en évidence que les situations juridiques antagonistes en jeu, les rapports conflictuels, sont loin d'être équilibré(e)s.

Le législateur, face à l'inopérabilité de l'argument hiérarchique d'un conflit inter-droits¹⁶, car il ne saurait exister *a priori* une hiérarchisation d'un droit sur l'autre, cherche donc à accorder –et non à opposer– les droits en conflit. En effet, de manière générale, les droits ou intérêts n'ont pas de valeur absolue de sorte qu'ils doivent être conciliés entre eux. Cette conciliation peut être opérée entre des principes concurrents concernant une même personne certes, mais elle l'est plus entre des droits équivalents dont sont titulaires des personnes, différents et dont les intérêts divergent ou s'opposent.

12. Subséquemment, la loi étant, avant la jurisprudence, « *mère de l'ordre juridique* », revient-il, en premier, au législateur, qu'au regard de la force de chacune des réalités irréductibles, de faire en sorte que, tout en laissant à la liberté de chacun un large champ d'autonomie -de telle sorte que chacun puisse jouir pleinement de sa personnalité juridique-, en même temps les valeurs les fondant soient exprimées d'une telle façon à recevoir une large adhésion. En effet, comme cela a pu été relever à propos, « attribuées égalitairement à tous, douées d'un effet d'opposabilité propre inférant un devoir de prise en compte de la liberté d'autrui, les libertés civiles, lorsqu'elles s'opposent entre elles, ne peuvent donner lieu, a priori, à la

¹⁶ Selon L. ZUCCA, la nomenclature des conflits entre droits fondamentaux s'établit comme suit : d'une part, ces conflits se présentent en *conflits inter-droits* (ce sont les conflits qui opposent deux droits ou libertés) et en *conflits intra-droits* (ce sont ceux se traduisant par des tensions à l'intérieur d'un même droit ou d'une même liberté) ; d'autre part, ces conflits opèrent soit de manière *externe* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux opposent deux individus), soit de manière *interne* (des prétentions tirées de la protection des droits fondamentaux s'affrontent dans le chef d'un seul individu) (V. L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas : Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, O.U.P., 2007, cité par E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux », Rapport Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, février 2010, p. 5, consultable sur <http://ec.europa.eu/progress>).

constatation de la prédominance de l'une sur l'autre. Égales dans leur reconnaissance, elles doivent s'équilibrer aussi dans leur exercice sous peine d'incohérence entre les règles de droit régissant, d'une part, cet exercice, d'autre part, leur attribution »¹⁷.

Le droit, et partant le droit civil, se présente alors comme « un droit d'équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, sans *a priori* favorable à l'une ou l'autre partie »¹⁸. En d'autres termes, le droit civil étant un cadre de conflits interindividuels, le législateur s'y présente comme un arbitre entre deux revendications opposées, deux droits en conflit.

13. Aussi le souci d'équilibre voulu par le législateur transparaît-il en droit civil dans plusieurs lois.

14. - Le droit à la vie et d'autres droits ou le droit à la vie de plusieurs êtres humains : Concernant le droit à la vie, cette conciliation est d'autant plus difficile que le droit est essentiel et s'inscrit, par ailleurs, au sein du principe de dignité¹⁹. Il n'en reste pas moins que le droit à la vie peut être concurrencé par d'autres droits qui relèvent eux-mêmes aussi du principe protéiforme de dignité. Un équilibre est alors indispensable entre l'atteinte qui est portée à un droit protégé et la nécessité de respecter un autre droit, ou un autre principe, également protégé ou reconnu.

Ainsi, relativement au droit à la vie, il revient au législateur de réaliser une conciliation entre ce droit et d'autres droits²⁰ ou entre le droit à la vie de

¹⁷ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes – Un mode de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2005, p. 655, n° 383, cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 41, n° 22.

¹⁸ P. CATALA, *op. cit.*, p. 3, n° 3.

¹⁹ Le principe de la dignité humaine est, tout du moins en droit français, le seul droit indérogeable (Cf. N. LENOIR, *Bioéthique, constitutions et droits de l'homme*, Diogène, 1996, p. 29).

²⁰ On peut citer à ce sujet l'équilibre qui est recherché dans le cadre de l'euthanasie : La question de l'euthanasie est de savoir si, dans le cadre d'une technique médicale, une personne peut obtenir d'une autre personne qu'elle lui donne la mort. À son sujet, l'on distingue traditionnellement l'euthanasie active et l'euthanasie passive : l'euthanasie active résulte de l'intervention d'un tiers dans le but de mettre fin aux jours d'une personne par l'administration délivrée de substances létales dans l'intention de provoquer la mort ; l'euthanasie passive consiste à arrêter un traitement douloureux ou même inconfortable si l'on est convaincu que le cas est désespéré. Cela étant, l'idée d'équilibre apparaît également dans la cadre de l'interdiction de l'euthanasie. Dans les pays qui admettent l'euthanasie, un équilibre est recherché entre le fait d'éviter des souffrances jugées inutiles à un patient qu'on estime voué à la mort, et celui de le maintenir en vie. L'idée générale est de favoriser les soins palliatifs, d'interdire l'« euthanasie active » et d'empêcher le médecin de pratiquer une « obstination déraisonnable » dans le soin des malades en fin de vie. Ainsi, le médecin « doit s'abstenir de toute obstination déraisonnable dans les investigations ou la thérapeutique et peut renoncer à entreprendre ou poursuivre des traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou qui n'ont d'autre objet ou effet que le

plusieurs êtres humains²¹.

Il en est, par exemple, de *la vie de l'embryon et les droits de la mère (la femme)* : Les atteintes prévues à la vie de l'embryon justifiées par la protection des droits appartenant à la mère²² sont symptomatiques de cette recherche de plus de justice et d'équilibre entre les intérêts en présence – *droit à la vie de l'embryon et intérêt de la mère*. En effet, « dans un contexte favorable au développement des droits de la femme et de la défense de son autonomie, la protection de l'embryon est ainsi apparue, socialement et politiquement, comme un obstacle dressé au mouvement d'émancipation de la femme »²³. La loi garantit le respect de tout être humain « dès le commencement de la vie »²⁴ comme « garantie légale du principe de dignité »²⁵. Le droit à la vie, véritable « principe matriciel en matière de droit de l'Homme »²⁶, ne saurait donc en principe connaître de restriction. De là, la conclusion que même l'embryon bénéficie d'une certaine protection. Mais en même temps, la loi permet l'avortement²⁷ ou du moins l'interruption volontaire de grossesse sous certaines conditions notamment « en cas de nécessité ». Autrement dit, « l'atteinte portée à la vie du fœtus est justifiée par la protection d'un droit fondamental appartenant à la femme »²⁸. Ainsi est

maintien artificiel de la vie » (V. loi française de 2002 sur le droit des malades a ainsi abouti à la reformulation du Code de déontologie médicale. On peut voir aussi la loi Léonetti du 22 avril 2005 relative aux droits des patients en fin de vie).

²¹ Il ne faut pas occulter également que les jurisprudences constitutionnelles tentent de réaliser entre le droit à la vie et d'autres droits ou entre le droit à la vie de plusieurs êtres humains, des équilibres mouvants et parfois divergents (Sur cette conciliation dans la jurisprudence constitutionnelle, cf. L. FAVOREU, « Le juge constitutionnel et la vie », *Droits*, 1991, p. 75).

²² B. MATHIEU, « La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *D*, 1999, n° 41, p. 451-456.

²³ *Ibid.*

²⁴ V. article 16 et 16-9 du Code civil français ; article 2 de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000 ; article 24 de la Constitution espagnole ; article 3 de la déclaration universelle des droits de l'homme ; article 6 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

²⁵ B. MATHIEU, *op. cit.*

²⁶ Selon la formule de B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D*, 1995, chron. p. 211-212.

²⁷ B. MATHIEU affirme qu'il y a deux types d'avortement : l'avortement *thérapeutique* et l'avortement *éthique* : « L'avortement qui mérite le nom de thérapeutique est celui qui est opéré pour protéger la santé physique ou morale de la mère ; il s'agit pour l'essentiel de l'avortement autorisé par la loi (...) face à une situation de détresse et de celui qui est autorisé, à tout moment de la grossesse, lorsque la poursuite de la grossesse met gravement en péril la santé de la mère. L'avortement éthique désigne celui qui peut être opéré sur la femme enceinte à la suite d'un viol. Dans l'ensemble de ces situations l'atteinte portée à la vie du fœtus est justifiée par la protection d'un droit fondamental appartenant à la femme » (B. MATHIEU, « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50 n° 4, octobre-décembre 1998, p. 1031-1053, spéc. p. 1048).

²⁸ B. MATHIEU, « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 50 n° 4, octobre-décembre 1998,

également pris en compte l'intérêt de la mère « placée, en raison de son état, dans une “situation de détresse” »²⁹. A l'analyse, « respect de la vie [de l'embryon] en droit civil »³⁰ et « droits de la santé de la mère » ont besoin d'être conciliés : « L'avortement ne peut être libre car il serait porté atteinte arbitrairement aux droits de l'embryon, en revanche les exigences relatives à la santé physique ou morale de la mère peuvent justifier qu'il soit porté atteinte à ces droits »³¹. La nécessaire balance entre ces droits s'impose donc !

15. - Le respect de la vie privée et d'autres droits : Entre vie privée et vie publique où passe la frontière ?³² Car avoir une vie publique n'exclut pas d'avoir aussi une vie privée³³, bien au contraire vie privée et vie publique, parfois, s'entremêlent³⁴. Ou bien, peut-on, au nom du caractère impératif des règles du mariage heurter la vie privée des époux ? Telle est posée la question des frontières du droit au respect de la vie privée dans ses rapports antagonistes qu'il entretient avec d'autres droits³⁵ et qui met en relief le nécessaire équilibre à établir entre eux.

Tout d'abord, lorsque la personne dont la vie privée est atteinte jouit d'une notoriété particulière (les hommes publics, c'est-à-dire les célébrités,

p. 1031-1053, spéci. p. 1048.

²⁹ B. TEYSSIE, *Droit civil : Les personnes*, 11^{ème} éd., Litec, 2010, n° 38, p. 35.

³⁰ Ph. MALAURIE, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, p. 429-441.

³¹ B. MATHIEU, « La vie en droit constitutionnel comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain », *op. cit.*, spéci. p. 1048-1049.

³² Tels sont en de semblables termes dans lesquels s'interrogeait B. TEYSSIE (V. B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 64, p. 59).

³³ Ainsi, on ne saurait interdire à un journal de publier la photo d'un homme politique prise dans une circonstance de sa vie publique (cérémonie, voyage officiel, manifestation...); son consentement n'a pas à être obtenu, car c'est la « *rançon de la gloire* », sauf s'il s'agit de photo violant de façon caractéristique son intimité. Mais, il faut le préciser, il ne faut pas confondre « information » et « publicité », car l'image d'un homme politique ne peut être utilisée comme réclame (cf. TGI Paris 4 avril 1970, *JCP* 1970, II, 16326 qui a ordonné la saisie d'un périodique devant paraître avec la photo du Président Georges Pompidou utilisée pour illustrer une réclame).

³⁴ La question peut se poser également à l'égard des rapports entre vie privée et vie professionnelle : « De la difficulté à tracer la frontière séparant vie privée et vie professionnelle, illustration est notamment offerte par le droit des relations de travail subordonnées. La difficulté est d'autant plus grande qu'émerge un droit à la vie privée professionnelle (parfois rebaptisée « vie personnelle »), (...) imposant de protéger le droit de chacun de nouer et développer des relations avec ses semblables, vecteur du droit de gagner sa vie par le travail. La frontière, cependant, existe » Voir B. TEYSSIE, *Droit civil : Les personnes*, 11^{ème} éd., Litec, 2010, n° 65 à 70, p. 59 à 64, qui consacre une plus grande analyse à la question.

³⁵ Cela permet de dire que la protection de la vie privée peut se trouver limitée par plusieurs facteurs. Et alors les atteintes au droit au respect de la vie privée bénéficieraient d'une certaine immunité.

les hommes politiques)³⁶, « [d]es collisions sont [en effet] à craindre entre l'affirmation d'un droit intangible au respect de la vie privée et d'un droit non moins vigoureux à l'information »³⁷. La vigueur de ce dernier – indissociable de la liberté d'expression³⁸ – n'autorise pas tous modes d'investigation et traduit une quête d'un point d'équilibre, une conciliation entre des intérêts divergents. Il va s'agir de chercher à concilier le droit au respect de la vie privée de ces personnes et la liberté de la presse ou le droit du public à l'information. Ainsi, si d'après le principe « toute personne quel que soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir a droit au respect de sa vie privée »³⁹, ce principe doit toutefois être concilié avec la liberté de la presse et le droit du public à l'information⁴⁰.

Ensuite, la protection de la vie privée ne vaut que pour les vivants, de sorte que la révélation d'informations privées ou la publication d'images du défunt ne peuvent donner lieu en principe à une action en responsabilité⁴¹. Bien plus, l'écoulement du temps peut conduire à effacer la dimension privée de certains faits pour les faire entrer dans l'histoire : c'est le cas des personnages appartenant à l'histoire. De manière générale, lorsque les faits appartiennent à l'histoire, leur divulgation ne peut être analysée comme une atteinte à la vie privée. C'est ainsi que certains secrets médicaux du président Mitterrand, dont la révélation fut interdite peu de temps après son décès, ont

³⁶ La protection de la vie privée des personnes connues, pose deux problèmes particuliers : le premier réside dans le fait que leur notoriété renforce l'attrait de la presse pour ce qui les concerne. Le second est celui des limites à tracer entre ce qui relève de leur vie publique et leur vie privée (il n'est pas évident de faire la distinction entre la vie privée et la vie publique).

³⁷ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 71, p. 67. Il fait remarquer, en appendice 320, que la quête de l'information est souvent l'œuvre du journaliste. Sur les sources auxquelles il puise, des interrogations peuvent surgir. Mais « la protection des sources journalistiques est un principe fondamental lié à la liberté de la presse, principe auquel il ne peut être dérogé que dans des circonstances exceptionnelles, si des intérêts publics ou privés vitaux sont menacés » (TGI Paris 25 juin 1997, *JCP* éd. G. 1998, II, 10131, note E. DERIEUX).

³⁸ La liberté d'expression est conçue comme « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (CEDH 14 févr. 2008, *JCP* G. 2008, II, 10118, note E. DERIEUX.).

³⁹ Cass., 1^{ère} civ., 23 oct. 1990, *D.* 1990, IR 270 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 févr. 2007, *D.* 2007, 2776, obs. C. BIGOT.

⁴⁰ Lire à ce sujet, notamment, P. AUVERT, « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.* 2005, doctr. 879 ; C. BIGOT, « Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information », *D.* 1998, chron. 235 ; L. FRANÇOIS, « Droit au respect de la vie privée et liberté d'expression », *Gaz. Pal.* 2007, 2843.

⁴¹ L'affirmation appelle cependant deux nuances. Premièrement, s'il ne leur est pas possible d'agir au nom de la vie privée du défunt, ses proches peuvent prétendre que les publications portent atteinte à leur propre vie privée (Cass., 1^{ère} civ., 20 déc. 2000). Deuxièmement, « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort » (Cass., 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2010).

aujourd'hui une notoriété interdisant qu'on les taise⁴². Encore faut-il, pour une question d'équilibre et pour qu'il n'y ait point atteinte répréhensible au droit au respect de la vie privée, que l'œuvre –surtout s'il s'agit d'Histoire proche– présente effectivement un intérêt historique⁴³ et appartienne au droit de savoir du citoyen⁴⁴.

Enfin, les règles du mariage ont un caractère impératif et donc indérogeables surtout en ce qui concerne les devoirs matrimoniaux comme le devoir de fidélité qui conduit à sanctionner l'adultère. Cependant, pour « la préservation d'un espace de liberté »⁴⁵ au profit de chaque personne, une certaine tolérance de ce caractère impératif semble s'imposer. Ainsi, si le législateur sanctionne notamment l'adultère, c'est sans pour autant sacrifier la vie privée de l'époux fautif. Dans un tel contexte, « une conciliation doit donc s'opérer entre devoirs matrimoniaux et libertés individuelles, les uns infligeant nécessairement la réduction des autres, et réciproquement »⁴⁶.

16. - Le droit à l'honneur et liberté d'expression : Il est un droit à l'honneur que même la mort n'efface pas⁴⁷. Ce faisant, tout individu a le droit d'exiger que les tiers respectent son honneur, même face à un journaliste⁴⁸ qui exciperait de la liberté d'expression⁴⁹. En d'autres termes, le journaliste a des

⁴² Lire T. MASSIS, « Le secret du président et le juge des référés », *D.* 1997, 34^e cahier, chron. p. 291-296.

⁴³ Cf. TGI Paris 14 octobre 1970, *RTD civ.* 1971, 363, obs. R. NERSON, à propos de la relation des amours de Sarah Bernhardt. – Trib. Corr. Paris, 13 janv. 1997, *D.* 1997, 225, note B. BEIGNIER, où, à propos de la publication de photographies du président François Mitterrand sur son lit de mort, le tribunal relève que « l'intérêt historique invoqué par le prévenu au nom du droit des Français à disposer d'une telle image... ne paraît pas avoir constitué l'élément déterminant de la publication des clichés ».

⁴⁴ T. MASSIS, *op. cit.*, spéc. p. 292.

⁴⁵ O. PLAYOUST, « Normativité et légitimité du droit », *RRJ* 1993, p. 207.

⁴⁶ J. VASSAUX, note sous C. A. Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP* 1996, éd. G., II, 22590 cité par M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 90, n° 66.

⁴⁷ Pour paraphraser, T. HASSLER et V. LAPP, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 juillet 1996, *D.* 1997, somm. 84. Ainsi, comme l'a souligné B. TEYSSIE (*op. cit.*, n° 51, p. 46), mettre en doute la compétence ou la rectitude professionnelle d'une personne, son intégrité morale – donc sa droiture (à propos de l'allégation selon laquelle une personne pratiquerait la prostitution, voir Paris 30 mai 1988, *D.* 1988, IR 197. Par exemple encore le fait de traiter un individu de drogué, d'homosexuel alors que tel n'est pas le cas), sa fidélité aux engagements pris (politique, de combat syndical ou de mariage, etc.), son attachement à sa patrie, son respect de la loi... - dans des conditions répréhensibles appelle condamnation. L'outrage ne saurait impunément avancer sous le masque de la caricature, de la critique journalistique ou de combat politique.

⁴⁸ Mais les principes éthiques et exigences énoncés à l'égard du journaliste ne valent pas que pour le journaliste mais bien pour tous. Ces principes doivent gouverner la parole de celui qui prend autrui pour objet de discours. Ainsi, « le particulier [qui] se livre aux joies de l'entretien à paraître dans quelque organe de presse n'en est pas exempté ».

⁴⁹ En droit ivoirien, la loi n° 2004-643 du 14 décembre 2004 portant régime juridique de la presse

« devoirs et responsabilité » : « il ne saurait, au nom de la liberté d'expression, porter impunément atteinte à la réputation d'autrui par le jeu d'allégation dont rien n'établit la véracité »⁵⁰ car « le caractère provocateur et sarcastique d'un ouvrage, d'un magazine ou d'une émission de radio ou de télévision ne dispense pas des devoirs de prudence et d'objectivité »⁵¹. Il ne doit donc pas « franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui »⁵² ; la liberté d'expression qui lui est reconnue – y compris en recourant « à une dose d'exagération ou de provocation », « permise dans le cadre de leur liberté journalistique dans une société démocratique » - l'est à la condition « qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique »⁵³. Autrement dit, il faut parvenir à « une nécessaire conciliation entre liberté d'expression et respect d'autrui ».

17. - Le droit de propriété : le droit de propriété⁵⁴ organise socialement le pouvoir de l'individu sur les biens. En cela, « [le droit de propriété] donne la mesure de l'exclusion des autres »⁵⁵. Mais, en même temps, l'expropriation qui est une opération justifiée par la poursuite d'un objectif d'intérêt général⁵⁶, permet aux pouvoirs publics de se voir transférer la propriété d'un bien appartenant à une personne privée. Toutefois, en une telle occurrence, un équilibre est à rechercher entre la décision administrative venant porter atteinte aux droits individuels de la propriété et la situation factuelle correspondante : « [I]l a propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁵⁷. En d'autres termes, la privation du droit de propriété par l'expropriation pour cause d'utilité publique doit viser à déterminer les

est en ce sens.

⁵⁰ B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 56, p. 47.

⁵¹ C. BIGOT, observation sous Cass. civ. 2^e, 24 fév. 2005, D. 2005, IR 669. – Rappr. Cass. crim. 29 nov. 1994, D. 1997, somm. 74.

⁵² Le droit à la réputation figure parmi les droits garantis par l'article 8 de la Convention EDH.

⁵³ E. DERIEUX, sous CEDH 14 févr. 2008, *JCP G.* 2008, II, 10118.

⁵⁴ La propriété est définie par l'article 544 du Code civil comme « *le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

⁵⁵ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, v° *Propriété (Droit de)*, p. 1253.

⁵⁶ L'expropriation permet donc à une personne publique d'acquérir les biens qui lui sont nécessaires pour l'accomplissement de ses missions.

⁵⁷ V. article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. L'article 545 du Code civil reprend la même idée en substituant la « cause d'utilité publique » à la « nécessité publique » : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

intérêts conflictuels en jeu et surtout à garantir les intérêts pécuniaires des propriétaires expropriés. Ainsi, « une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens telle une expropriation doit ménager un “juste équilibre” entre les exigences de l'intérêt général de la Communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ».

En outre, si l'article 544 du Code civil reconnaît à tout propriétaire le droit de jouir normalement de sa chose, « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention. »⁵⁸ Ainsi, le législateur limite-t-il notamment les troubles de voisinage – le propriétaire (ou l'occupant) ne possède pas un droit absolu de tout faire – et met en évidence l'équilibre des droits des propriétaires, en l'occurrence « les propriétaires voisins ont un droit égal à la jouissance de leur propriété. (...) [U]ne fois les rapports fixés entre les propriétés, compte tenu des charges normales résultant du voisinage, cet équilibre (...) établi doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires. Il en résulte qu'une fois cet équilibre rompu par un trouble excédant la mesure des inconvénients normaux de voisinage, il y aura obligation de la part du voisin responsable de compenser »⁵⁹.

18. - L'incertitude ou le doute sur la situation juridique de la personne : Alors que la plupart du temps la mort est un état de fait aisément constaté, il arrive parfois qu'une personne ne donne plus de nouvelles sans que l'on dispose de preuves formelles de son décès car aucun cadavre n'a été trouvé. Dans ces hypothèses de non présence, le droit se contente de faits négatifs – absence de nouvelles et d'apparition au domicile – pour présumer que la personne a cessé d'être. Selon les circonstances de fait entourant la situation, deux procédures peuvent être mises en œuvre. Il s'agit de la disparition et de l'absence.

Ces situations juridiques⁶⁰ présentent certains intérêts qui pourraient être qualifiés de contradictoires que la loi va alors chercher à équilibrer : Il y a d'abord la prise en compte des intérêts du disparu ou de l'absent, car cette personne peut se retrouver dans une telle situation contre sa propre volonté ; il faut donc veiller à protéger surtout ses biens - Il y a ensuite notamment les intérêts des membres de la famille, du conjoint, des créanciers, etc., qu'on ne peut obliger à attendre indéfiniment le retour de disparu ou de l'absent.

⁵⁸ V. article 651 du Code civil.

⁵⁹ Auteur inconnu, mais idée développée sur eJuris.be une plate-forme entièrement consacrée à la Jurisprudence.

⁶⁰ Ces situations juridiques sont qualifiées en France de « mort présumé » et ont un régime juridique calqué sur celui de la mort.

19. - *L'exercice de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle*⁶¹ : L'exercice de l'autorité parentale⁶² ou la puissance paternelle est un cadre qui fonde la recherche de relations équilibrées et solides et qui souligne que « les droits de l'enfant ne doivent pas être posés de façon exclusivement antagoniste à ceux de ses parents »⁶³. En effet, au quotidien, c'est l'autorité parentale ou la puissance paternelle qui « appartient » aux parents, leur permet d'exercer leur responsabilité d'élever l'enfant. Sa stabilité et sa force sont nécessaires à la fois pour donner aux parents les moyens de leur mission et pour assurer à l'enfant l'équilibre et les repères dont il a besoin. Mais, en face, existent les droits de l'enfant car l'autorité parentale ou la puissance paternelle répond également aux besoins de protection du mineur et s'analyse en un droit aménagé dans l'intérêt des enfants et non dans celui de son détenteur⁶⁴. Responsabilité des parents (à travers les droits attachés à l'autorité parentale ou à la puissance paternelle) et droits de l'enfant ne doivent dès lors pas être appréhendés comme antinomiques mais bien plutôt comme devant s'appuyer l'une sur les autres dans des rapports d'équilibre.

20. - *Les rapports de couple* (?) : Le couple repose aujourd'hui sur un respect accru des volontés individuelles... Les relations juridiques au sein des couples sont dominées par les enjeux grandissants du respect de l'autonomie des volontés individuelles et de l'égalité entre l'homme et la femme. Aussi, assiste-t-on à la suppression dans les législations modernes du titre de « chef de famille » qui était reconnu au seul mari. Il ressort de cette nouvelle donne que désormais, le mari n'a plus le titre de chef de la famille

⁶¹ La puissance paternelle, en tant qu'institution, est fort ancienne car elle existait en droit romain et se définit comme « l'ensemble des droits reconnus aux père et mère sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs pour leur permettre d'accomplir les obligations qui leur incombent ». En droit français, le législateur a remplacé, depuis de la loi du 4 juin 1970, la puissance paternelle par celle d'autorité parentale pour montrer d'une part que les rapports des père et mère avec l'enfant mineur non émancipé ne doivent pas être conçus comme un pouvoir de domination sur la personne mais plutôt une autorité conférée aux parents pour protéger l'enfant ; d'autre part pour signifier que l'autorité parentale est exercée au même titre et de concert par le père et par la mère (proclamation de l'égalité des parents). Cette appellation qui est également utilisée dans des pays comme le Burkina Faso. Dans d'autres pays comme la Côte-d'Ivoire, la loi du 3 août 1970 sur la minorité qui la réglemente en détail, a maintenu l'appellation de puissance paternelle.

⁶² L'autorité parentale est définie comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » (V. notamment art. 371-1 du Code civil français).

⁶³ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des sceaux, ministre de la Justice, Paris, La documentation française, 1999, p. 8.

⁶⁴ V. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1956, chron. 179. Celui qui exerce l'autorité parentale ou la puissance paternelle a le devoir d'user de ses prérogatives dans l'intérêt de l'enfant L'autorité parentale ou la puissance paternelle est donc un pouvoir de protection et les prérogatives reconnues aux détenteurs de la puissance paternelle ne sont que la contrepartie des devoirs et de la responsabilité que leur impose le fait de la procréation.

(ou du moins n'est plus le seul chef de famille)⁶⁵; ce qui, de *facto et de jure*, équivaut à un partage de l'exercice de la puissance paternelle ou de l'autorité parentale à part égale (en commun) au sein du foyer⁶⁶, à une codirection morale et matérielle de la famille (une cogestion), puisque celle-ci est conjointement dirigée par les époux. De manière plus précise, une codirection entraîne un meilleur équilibre juridique dans les décisions du ménage.

21. - *L'équilibre contractuel*: il est paradoxal de parler d'équilibre contractuel, car il n'existe pas de principe général d'équilibre contractuel. Le code civil part de l'idée que chacun est libre et égal et gardien de ses propres intérêts⁶⁷: « Le libéralisme économique s'oppose à ce qu'une protection (...) étatique permette en réalité à une partie, considérée comme habile, à échapper à ses obligations »⁶⁸. La liberté contractuelle exclut au demeurant en principe toute idée d'équilibre contractuel imposé aux parties. Mais, « le contrat n'est que rarement un microcosme au sein duquel il y a convergence d'intérêts faisant naître un véritable intérêt commun contractuel »⁶⁹. Il s'agit avant tout d'intérêts antagonistes. Des déséquilibres contractuels sont alors susceptibles de naître surtout que « les situations de contrats "obligés" sont nombreuses et les disparités de puissance très importantes ». Et parce que le législateur est sans ignorer que certains contrats abusent, en de telles circonstances, il se met à la recherche d'un équilibre contractuel qui s'impose dès lors. Ainsi, s'il n'existe aucun principe général imposant l'équilibre contractuel –lequel est laissé à la libre appréciation des parties– le législateur a dû prévoir des cas dans lesquels il faille rechercher cet équilibre⁷⁰.

Ainsi, de façon classique, le législateur pose les conditions de conclusions comme conditions de l'équilibre contractuel notamment à travers l'intégrité du consentement : lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, un vice affecte le consentement d'un contractant, ce dernier ne s'engage alors que dans une relation déséquilibrée. Le législateur s'inscrivant dans la double

⁶⁵ On aurait en réalité désormais deux chefs de famille.

⁶⁶ V. notamment article 372 du Code civil français.

⁶⁷ Il n'y a pas d'autre juste prix que celui dont les parties sont convenues.

⁶⁸ M. Ghislain de MONTEYNARD, « La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation », consultable sur www.courdecassation.fr.

⁶⁹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Arthur Rousseau, 1911, cité par Groupe ISP, « L'équilibre contractuel », *Annales ENM* 2007, consultable sur <http://www.prepa-isep.fr>.

⁷⁰ L'équilibre contractuel à rechercher s'entend à la fois d'un équilibre dans le contrat (équilibre entre les prestations des cocontractants) et d'un équilibre par le contrat (sanction des déséquilibres impliqués par le contrat, par exemple un cautionnement excessif par rapport aux ressources et au patrimoine de la caution, un aval manifestement disproportionné au revenu de l'avalié).

idée de justice et de stabilité ou sécurité juridique, assure un équilibre contractuel à travers la théorie des vices du consentement⁷¹. Ainsi, le législateur prévoit également la possibilité d'invoquer la lésion⁷² - déséquilibre économique existant lors de la formation du contrat – comme en matière de vente d'immeuble⁷³. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouvant sa cause dans l'obligation de l'autre, le législateur permet-il dans tout contrat de remédier aux déséquilibres les plus criants en donnant la possibilité d'annuler le contrat⁷⁴. Ainsi, le législateur cherche à restaurer l'équilibre contractuel en permettant la révision des contrats⁷⁵. Par exemple, les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives⁷⁶.

22. - *Le droit des successions et libéralités* : Il est vrai que le droit reconnaît à chacun le droit de disposer de ses biens. Mais, au décès de cette personne, le droit opère le transfert de ses biens à ses successeurs. Le principal défi du législateur consiste alors à trouver un équilibre entre la solidarité familiale et la liberté de disposition de ses biens par l'individu. Le fondement de l'organisation légale de la dévolution successorale tient donc dans un équilibre entre les droits de l'individu (du *de cujus*) et ses devoirs envers sa famille et même des personnes étrangères à la famille au sens strict. En effet, « d'une façon générale (...), c'est la famille qui est la bénéficiaire de la dévolution successorale, tant dans les obstacles mis au droit de disposition du défunt que dans la dévolution légale. L'idée qui est à la base du choix de la famille et à l'intérieur de la famille, des personnes qui héritent, est celle des devoirs du *de cujus* envers ses parents »⁷⁷.

23. Ainsi que l'on peut le voir, à travers ces exemples tirés du droit civil, le législateur affiche sa volonté d'accorder au mieux les tensions entre droits ou intérêts divergents, concurrents.

Mais, il convient de s'apercevoir qu'un droit qui institue et qui ordonne la

⁷¹ Le Code civil distingue trois vices du consentement : l'erreur, le dol et la violence. V. articles 1109 à 1117 du Code civil.

⁷² V. article 1118 du Code civil. La lésion c'est le préjudice d'un déséquilibre économique entre les prestations. Elle ne peut être sanctionnée que si elle existe au moment de la formation du contrat. Elle a pour sanction la rescission.

⁷³ V. article 1674 du Code civil qui admet la rescission de la vente pour cause de lésion.

⁷⁴ V. article 1131 du Code civil.

⁷⁵ V. article 1152 du Code civil pour la révision des clauses pénales.

⁷⁶ Lire, J.-L. AUBERT, « Les difficultés d'un équilibre (A propos de la réforme en cours du régime des baux d'habitation) », *D.* 1986.I.247.

⁷⁷ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions : Précis de droit civil*, 3^{ème} éd., Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2010, p. 191, n° 142.

symbolique des liens et des places, est une exigence difficile car « les fonctions opératoires et symboliques du droit ne s'articulent pas si facilement »⁷⁸. Malgré tout, il faut dégager les référents qui assurent un équilibre notamment quant à la place de chacun des droits en présence. Dans cet « exercice de funambule », le législateur semble, pour sa part, contraint de recourir à des référents somme toute imparfaits, bridant du coup cette volonté législative de recherche de l'équilibre.

B - Une volonté bridée par le recours incontournable à des référents imparfaits

24. La recherche de l'équilibre entre des droits ou intérêts qui s'entrechoquent, suppose la détermination d'un référent d'équilibre. Or, justement, trouver un point d'équilibre entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui exigent à la fois protection, n'est pas du tout évident, ne se fait pas à coup de baguette magique... même pour le législateur pourtant auteur principal de la loi.

Dans sa mission de rédaction de la règle de droit, l'auteur de la loi fait en effet des choix terminologiques dans trois directions : « la rigidité ou la souplesse de la norme, la formulation directe ou indirecte, l'usage d'un vocabulaire savant ou profane »⁷⁹.

25. Particulièrement concernant la recherche de l'équilibre, le constat est que le législateur opte très souvent pour la souplesse normative en recourant incontestablement à des référents imparfaits : les notions relatives ou à contenu variable⁸⁰, c'est-à-dire des notions dont le signifiant ou le contenant

⁷⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, La documentation française, 1999, p. 6.

⁷⁹ B. STARK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, p. 134, n° 342, cité par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 45. Il cite aussi F. GENY, « La technique législative dans la codification civile moderne : à propos du centenaire du Code civil », in *Le Code civil, 1804-1904 : livre du centenaire*, tome second, Arthur Rousseau, 1904, p. 987-1083 où l'auteur affirme que « par-dessus tout il [le législateur] devra se demander s'il peut se contenter de l'impression et des équivoques de la langue vulgaire, ou s'il ne satisfiera pas mieux à sa mission en se créant une terminologie sui generis, empruntée au fonds traditionnel du langage juridique, mais en accentuant encore la netteté et la certitude de celui-ci, en visant à assigner à la plupart des termes employés un sens invariablement établi et dont l'inflexibilité limite, le plus qu'il soit possible, les tâtonnements de l'interprétation ».

⁸⁰ La désignation de ces notions est multiple. Elles sont indifféremment désignées « *notions à contenu variable* » (V. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003 ; Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylants, 1984 ; G. CORNU, « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., 1998),

reste fixe alors que le signifié ou le contenu évolue dans le temps et dans l'espace, dont le sens évolue au gré des circonstances.

26. Il s'avère indispensable, pour une meilleure réflexion pertinente sur ces notions, de se livrer à leurs recensement ; mais, il faudrait rapidement se rendre à l'évidence que le domaine est vaste de sorte que le dépeindre nécessiterait une vaste fresque... Pour dire que l'étendue du domaine des notions à contenu variable ou notions relatives du droit civil invite à la modestie et impose de ne s'en tenir qu'à une énumération non exhaustive... Il ne pourra donc s'agir que d'exemples sans logique de rangement préalable. Ainsi, pourrait-on penser aux notions notamment d'« intérêt de l'enfant », « intérêt de la famille », « ordre public et bonnes mœurs », de « cause », « faute », « bon père de famille », « raisonnable ».

27. - L'intérêt de l'enfant : L'intérêt de l'enfant se présente très souvent *a priori* comme « la loi interne du ménage »⁸¹ et figure de « formule

« notions relatives du droit » (V. M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011), « concepts mous » (V. M.-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels*, in *La jurisprudence*, A.P.D., tome 30, Sirey, 1985, p. 331-348), « notions confuses » (V. Ch. PERELMAN, « L'usage et l'abus des notions confuses », in *Logique et analyse*, Publication trimestrielle du Centre national belge de recherche de logique, n° 81, mars 1978, p. 3-17), « notions floues » (V. VERHAEGEN, *Notions floues et droit pénal*, in *Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst*, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984), « mots à sens multiple » (V. J. BECQUART, *Les mots à sens multiple dans le droit civil français*, P.U.F., 1928), « concepts soupapes » ou « paragraphes-caoutchoucs » (V. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd., 1951, p. 117, n° 13), « notions-cadres » (V. G. CORNU, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, cité par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 20, appendice 60), « standards juridiques » (V. M. O. STATI, *Le standard juridique*, L. CHAUNY et L. QUINSAC, 1927 ; A. A. AL-SANHOURY, *Le standard juridique*, in *Mélanges F. GENY, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, tome II, Librairie du Recueil Sirey, 1934), « lacunes intra legem » (V. H. DESCHEVAUX, *Traité de droit privé suisse, tomes I, II, Le titre préliminaire du Code civil : droit des personnes*, Ed. universitaires Fribourg, 1969, p. 89 et s., cité par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 20, appendice 63), « notions à texture ouverte » (V. H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 159, n° 124), « directives » (V. M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit... », *RTDC*, 1926, cité par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 20, appendice 66), etc.

⁸¹ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 104. Voir aussi C. POMART qui affirme que « l'intérêt de l'enfant est devenu, pour les magistrats, le législateur et la doctrine, un critère essentiel –voire le principal critère– de régulation en droit de la famille » (C. POMART, *La magistrature familiale : vers une concrétisation légale du nouveau*

magique »⁸² en droit civil.

Son importance est telle que la notion d'intérêt de l'enfant rayonne surtout dans tout le droit civil de la famille même dans les domaines qui n'intéressent pas directement l'enfant et est destinée à protéger l'enfant en ces différents domaines du droit civil.

A titre d'illustration, l'attribution de la garde des enfants après le divorce fait de l'intérêt de l'enfant la source unique de la décision⁸³. Ainsi, en l'absence de possibilité d'accorder la garde conjointe, les mesures nécessaires à prendre à ce propos doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant. En conséquence, l'intérêt de l'enfant peut même entraîner que la garde du mineur soit confiée, par le juge, à une tierce personne que celle ou celles qui exerce(nt) la puissance paternelle⁸⁴ ou l'autorité parentale⁸⁵.

L'intérêt de l'enfant trouve des traces en matière de successions notamment avec l'application de la règle de l'« *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* »⁸⁶ qui signifie littéralement que « l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt »⁸⁷. Par conséquent, chaque fois qu'une situation révèle que l'intérêt de l'enfant simplement conçu commande qu'il soit considéré comme né, toutes les fois que cela peut lui apporter un avantage, ce principe trouve à

visage de l'office du juge de la famille, L'Harmattan, 2003, n° 2, p. 20).

⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil – La famille, l'enfant, le couple*, 21^{ème} éd., t. 2, PUF, 2002, p. 85.

⁸³ En France, « [d]ès avant 1975, la jurisprudence avait (...) refusé de lier systématiquement la garde de l'enfant aux torts reconnus au moment du divorce et les juridictions avaient progressivement adopté l'intérêt de l'enfant comme critère de détermination du droit de garde » (Voir I. THERY, *La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après le divorce*, thèse dacty., Paris V, 1983, p. 115). Cette position jurisprudentielle a d'ailleurs été entérinée par la loi française de 1975 (Voir à ce propos C. LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, coll. « Familles, droit et société », Paris, Economica, 1985, p. 128, qui estime que « [l]a loi de 1975 est la concrétisation de ce mouvement et son amplification, puisque l'intérêt des enfants constitue le seul critère pour décider de la garde et des multiples conséquences qui s'y rattachent »).

⁸⁴ Voir notamment article 7 de la loi ivoirienne n° 70-483 du 3 août 1970 sur la minorité.

⁸⁵ V. notamment article 228 du Code civil français, article issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁸⁶ La règle exprimée par la formule *infans conceptus* était connue des Grecs pour qui l'enfant conçu devait être considéré comme une personne. En la reprenant, le droit romain lui a donné le sens plus limité que lui reconnaît aujourd'hui notamment la loi sur les successions qui requiert comme conditions pour succéder que l'enfant existe à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naisse viable. Cette règle permet donc à un enfant d'hériter de son père, décédé avant sa naissance. Au-delà de cette application particulière, la règle *infans conceptus* a été érigée en principe général du droit en France par la Cour de cassation dans une importante décision du 10 décembre 1985 (Cass. 1^{ère} civ., 10 décembre 1985, n° 84-14328).

⁸⁷ Voir Cass. civ. 4 janv. 1935, *D. P.* 1935, I. 5 ; *Sirey* 1936. I. 17. Pour dire que la personnalité juridique peut aussi commencer avec la conception de l'individu. En d'autres termes, la naissance n'est pas toujours la condition nécessaire de la personnalité juridique.

s'appliquer. Cette maxime a été érigée en principe général du droit⁸⁸ dont les législations traduisent quelques applications particulières⁸⁹.

28. - *L'intérêt de la famille* : L'intérêt de la famille est surtout pris en compte en droit civil de la famille surtout dans les rapports entre les époux. L'on sait, par exemple, que le choix du domicile de la famille, en cas de désaccord, est laissé au juge qui tiendra compte, pour sa fixation, de l'intérêt de la famille⁹⁰. L'on sait également que le régime matrimonial primaire est certes impératif⁹¹ mais il est aménageable « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille »⁹². En outre, selon la loi⁹³, les époux ayant convenu de modifier leur régime matrimonial, cette modification ne sera homologuée par le tribunal qu'autant qu'il l'aura estimée conforme au seul intérêt de la famille.

Que faut-il entendre par « intérêt de la famille » en ces différentes hypothèses ? Peut-on considérer « l'intérêt légitime d'un membre du groupe, [en l'occurrence celui d'un époux comme pouvant] représenter à lui seul l'intérêt de la famille, à l'encontre des intérêts d'autres membres, [comme] les enfants issus de l'union »⁹⁴ ?

Une fois encore, le législateur est resté muet sur la question de la définition ou du contenu de l'intérêt de la famille laissant là aussi subsister le doute, un flou conceptuel.

29. - *L'ordre public et les bonnes mœurs* : La notion d'ordre public transparaît, outre dans le cadre conventionnel⁹⁵, dans d'autres domaines du droit civil notamment en droit de la famille avec, par exemple, l'interdiction

⁸⁸ Les principes généraux du droit (ou PGD) sont des règles de portée générale qui répondent officiellement à trois critères : ils s'appliquent même en l'absence de texte ; ils sont dégagés par les jurisprudences ; ils ne sont pas créés de toutes pièces par le juge mais « découverts » par celui-ci à partir de l'état du droit et de la société à un instant donné. En clair, les principes généraux du droit sont des règles dégagées par le juge et qu'on doit respecter. Cette source de droit est d'origine jurisprudentielle. Le juge s'inspire de règles implicites pour pouvoir formuler ces principes généraux du droit. En sachant que le juge n'a pas le pouvoir de créer le droit, on dit qu'il révèle ces principes.

⁸⁹ V. notamment article 725 du Code civil français ; article 5-1° de la loi ivoirienne n° 64-379 du 7 octobre 1964 relative aux successions et article 9 de la loi n° 64-0387 du 7 octobre 1964 relative aux donations entre vifs et aux testaments.

⁹⁰ V. notamment article 60 nouveau de la loi ivoirienne relative au mariage.

⁹¹ V. notamment article 226 du Code civil français.

⁹² V. article 220-1 alinéa 1^{er} du Code civil français.

⁹³ V. notamment article 1397 C. civil français ; article 74 de la loi ivoirienne relative au mariage.

⁹⁴ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, *op. cit.* p. 105, citant 1^{re} chambre civ. 6 janv. 1976, *Dalloz*, 1976, p. 253.

⁹⁵ V., par exemple, article 6 du Code civil.

de déroger aux droits et devoirs résultant du mariage qui sont impératifs, les règles relatives à l'autorité parentale ou la puissance paternelle, l'existence de la réserve héréditaire⁹⁶, etc. La notion de bonnes mœurs figure au Code civil en matière conventionnelle notamment dans la formation du contrat⁹⁷ et les modalités d'exécution du contrat⁹⁸.

La conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs est posée par le législateur en vue de sanctionner tout agissement qui contrarierait l'équilibre social car comme l'ont affirmé J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux au sujet du contrat, « [c]es deux notions sont la manifestation la plus directe du volontarisme social qui constitue le fondement du contrat. Elles assignent, en effet, à la liberté contractuelle dont jouit tout sujet de droit, des limites dont nul ne peut s'affranchir »⁹⁹.

Malheureusement, à l'instar d'autres référents d'équilibre, le législateur qui les a posées¹⁰⁰ et qui de façon logique a la qualité pour déterminer leur contenu, n'a pas daigné le faire, n'en a fait que des notions-cadres, des notions à contenu variable.

30. - *La cause* : L'article 1108 du Code civil énonce la nécessité d'« [u]ne cause licite dans l'obligation » comme condition essentielle pour la validité des conventions. Dans la veine de cette disposition, les articles 1131 à 1133 du Code civil se consacrent particulièrement à la matière. Malheureusement, ces textes ne permettent pas de cerner la définition et les contours de la notion de « cause » de sorte à « voir, en conséquence, comment elle peut ou faire défaut, ou être fausse, ou être illicite »¹⁰¹. La « cause » se présente alors comme « l'une des notions les plus incertaines du droit »¹⁰² donnant lieu à controverses doctrinales¹⁰³ tant sur sa définition que sur son rôle. Et pourtant,

⁹⁶ Institution d'ordre public, l'existence de la réserve héréditaire limite la faculté de déshériter les membres de la famille à qui la loi reconnaît ce droit comme les enfants. Ainsi, l'exhéritation ne peut être que partielle.

⁹⁷ V. article 6 du Code civil français tel qu'applicable en Côte d'Ivoire pour l'objet du contrat et article 1133 du Code civil pour la cause du contrat.

⁹⁸ V. notamment article 1172 du Code civil pour la condition.

⁹⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique*, 10^e édition, Armand Colin, 2002, p. 199, n° 275.

¹⁰⁰ Ces notions restent législatives car, par exemple, le caractère d'ordre public d'une disposition est attribué par le législateur.

¹⁰¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 184, n° 253.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Sans exposer à suffisance cette controverse, ce qu'on peut retenir est que, de manière générale, il existe deux conceptions possibles de la cause : une théorie classique de la cause et une théorie « moderne » de la cause. Suivant la théorie classique de la cause, la cause à retenir est la cause objective, et alors la cause est définie par cette théorie comme « le but en vue duquel les parties ont contracté ». La théorie « moderne » de la cause ou théorie de la cause subjective, elle, « subjectivise » la cause en y intégrant les raisons personnelles qui sont à l'origine de l'acte de

la cause de l'obligation permet de remédier aux déséquilibres contractuels surtout les plus criants en exigeant tout au moins l'existence d'une contrepartie minimale.

31. - *La faute* : De nombreuses dispositions du Code civil reposent sur l'existence d'une faute du responsable. Ainsi, le principe de la responsabilité personnelle pour faute est consacré par les articles 1382 et 1383 du Code civil qui « font figure de véritable principe fondamental »¹⁰⁴, auquel l'on peut adjoindre de nombreuses hypothèses particulières comme celle de l'article 1384 alinéa 2 du Code civil pour le sort des bâtiments incendiés, l'article 1384 alinéa 8 du Code civil pour la responsabilité du fait des instituteurs, l'article 1374 du Code civil pour la responsabilité du gérant d'affaires pour ses fautes de gestion, l'article 1386 du Code civil pour la responsabilité civile du propriétaire d'un bâtiment en ruine en raison du défaut d'entretien, de l'article 1732 du Code civil pour la responsabilité du locataire qui répond des dégradations et pertes de la chose louée, de l'article 1789 du Code civil pour la responsabilité de l'ouvrier qui ne fournit que son travail en cas de disparition de la chose qui lui aurait été confiée, de l'article 1992 du Code civil pour la responsabilité du mandataire pour les fautes de gestion. Et comme le dit C. Radie, « [I]l a faute à même, (...), gagné du terrain et conquis de nouveaux territoires (...) [notamment] s'agissant de la responsabilité du fait des choses, de la responsabilité du fait des enfants mineurs habitant avec leurs parents »¹⁰⁵. En toutes ces hypothèses, le législateur a certes fait référence à la notion de « faute » sans réelle signification. Le flou conceptuel demeurant encore à ce sujet et entraînant quelquefois une impossibilité de caractériser la faute comme à l'égard des personnes privées de leurs facultés mentales considérées traditionnellement comme irresponsables.

32. - *Le bon père de famille*¹⁰⁶ : De très nombreuses dispositions du Code

volonté, c'est-à-dire les motifs ou mobiles qui ont déterminé les parties à contracter. Ainsi, alors que la conception classique oppose « cause » et « motif », la conception moderne les confond, au moins partiellement. Mais comme l'ont souligné J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « La matière est aujourd'hui assez nettement élucidée. Du fait que la théorie moderne (...) ne s'est pas substituée mais ajoutée à la théorie classique, le droit positif consacre une conception dualiste de la cause. D'un côté, ce mot désigne la contrepartie en considération de laquelle une obligation est assumée : c'est la cause objective (...). D'un autre côté, le même mot désigne le motif déterminant qui a été à l'origine de la décision de contracter : c'est la cause subjective (...) » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 195, n° 270).

¹⁰⁴ C. RADE, « Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile : 1- L'impasse », *Recueil Dalloz* 1999, 30^e cahier, chronique p. 312-319, spéc. p. 314, n° 2.

¹⁰⁵ *Ibid.*, n° 3.

¹⁰⁶ Notion supprimée certes en droit français et remplacée par « personne... raisonnable », mais encore employée en Côte d'Ivoire notamment.

civil font référence aux soins que le « bon père de famille »¹⁰⁷ aurait apportés à l'accomplissement de sa mission. Il en va ainsi, notamment, s'agissant de la jouissance de l'usufruit¹⁰⁸ ou d'une servitude¹⁰⁹, de la responsabilité du débiteur qui s'est engagé à veiller à la conservation d'une chose¹¹⁰, de la gestion d'affaires¹¹¹, des obligations du preneur en général¹¹², du preneur à bail rural et partant de son droit au renouvellement du bail¹¹³, du preneur à bail à cheptel¹¹⁴, de l'emprunteur¹¹⁵, du séquestre¹¹⁶. Mais, le législateur a encore développé, au sujet de cette notion classique du droit, la pratique des notions vagues, à contenu variable. Tout au moins sait-on, avec la doctrine, que le « bon père de famille » est l'« archétype de la personne soigneuse, diligente, avisée, prudente »¹¹⁷ et qu'il s'agit d'un personnage abstrait, fictif « qu'on est assuré de ne jamais croiser dans une rue ». Il est certes essentiel au jeu du droit, et partant à la recherche de l'équilibre, mais il est pour l'essentiel fictif.

33. - *Le raisonnable* : le mot « raisonnable » est utilisé notamment dans le Code civil, dans sa rédaction de 1804, à travers l'article 1112¹¹⁸ qui traite de la violence « de nature à faire impression sur une personne raisonnable » et l'article 2164¹¹⁹ qui donnait aux juges en cas d'inscriptions hypothécaires excessives le pouvoir d'arbitrer les excès « de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur ». En usant du vocable « raisonnable », le législateur édicte délibérément des « normes vagues »¹²⁰. Et pourtant, les sens que le mot rassemble sont variés, ouvrant la route à des emplois multiples en droit. Ainsi, le raisonnable peut être notamment défini comme la « mesure normale », expression qui elle-même contient deux idées complémentaires mais aussi bien distinctes et rendent alors la notion complexe : « la mesure

¹⁰⁷ On pourrait ajouter à cette notion celle de « comportement que le débiteur adopterait s'il devait gérer sa propre affaire » (V. notamment article 1927 du Code civil au titre des obligations du dépositaire).

¹⁰⁸ V. articles 601 et 627 C. civ.

¹⁰⁹ V. articles 692 et 693 C. civ.

¹¹⁰ V. article 1137 C. civ.

¹¹¹ V. article 1374 C. civ.

¹¹² V. article 1728 C. civ.

¹¹³ V. article 1766 C. civ.

¹¹⁴ V. article 1806 C. civ.

¹¹⁵ V. article 1880 C. civ.

¹¹⁶ V. article 1962 C. civ.

¹¹⁷ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁸ Ce texte est resté inchangé !

¹¹⁹ Cet article a été abrogé tant en France par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 déc. 2011 que notamment dans les pays de l'OHADA par l'acte uniforme portant sur l'organisation des sûretés.

¹²⁰ V. G. CORNU, *Droit civil, les personnes, les biens*, Paris, 1980, n° 177 et 178.

exprime essentiellement la modération, l'adaptation et la proportionnalité – toutes notions récusant l'excès ; la normalité, pour sa part, est la correspondance à un modèle, préétabli ou improvisé, auquel est comparé le sujet ou l'objet considéré »¹²¹. Mais, en outre, l'on peut apprêhender le raisonnable comme l'expression de la « raison » et alors le vocable « renvoie aux principes de l'équité naturelle... (car) cela est toujours de droit dans le silence de la loi »¹²².

34. D'autres notions à contenu variable pourraient être citées, la liste étant longue. Ainsi, peut-on citer, sans plus amples explication, l'« impossibilité de manifester sa volonté »¹²³ ; la « dureté excessive » ou « exceptionnelle dureté »¹²⁴ ; l'« injure grave »¹²⁵ ; la « bonne foi »¹²⁶ ; « ...dans la mesure où les circonstances le permettent »¹²⁷ ; la « cause d'utilité publique »¹²⁸ ; le « trouble manifestement illicite »¹²⁹ ; la clause pénale « manifestement excessive ou dérisoire »¹³⁰, les « conséquences d'une particulière gravité »¹³¹, etc.

35. C'est au législateur qu'il revient de définir les contours de ces différentes notions et notamment de préciser ce qu'il faut en comprendre. Malheureusement, comme annoncé plus haut, le législateur semble abandonner les destinataires de la loi et tout particulièrement tous esprits en

¹²¹ G. KHAIRALLAH, « Le “raisonnable” en droit privé français – développements récents », *RTD civ.* 1984, n° 8, p. 445.

¹²² *Ibid.*, n° 5, p. 443.

¹²³ V. notamment article 149 C. civ. français.

¹²⁴ V. ancien article 240 du C. civ. français. Cette clause de dureté caractérisée qui existait dans l'ancien droit français du divorce pour rupture de la vie commune était perçue par certains comme « la volonté du législateur de donner à la clause un caractère tout à fait restrictif » (V. F. FURKEL, « La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ? », *D.* 1977, chron. 7, p. 84) ; le mariage ne pouvait subsister que si la dissolution du lien conjugal était susceptible d'entraîner des conséquences rigoureuses pour l'époux abandonné ou les enfants communs. D'autres y voyaient une mesure d'équité contre une répudiation déguisée (*Ibid.*, n° 1-2, p. 83 et n° 7, p. 84 ; P. BARBIER, « Le divorce, la religion et l'“exceptionnelle dureté” au sens de l'article 240 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1987, I, doctr. p. 273).

¹²⁵ V. notamment article 1^{er} de loi ivoirienne sur le divorce.

¹²⁶ V. notamment article 201 et 202 C. civ. français et article 1134 alinéa 3 C. c. (L'exigence de bonne foi correspond, en matière contractuelle, à l'exigence d'un comportement contractuel empreint d'une loyauté et honnêteté réciproque des contractants).

¹²⁷ V. article 96 C. civ. français qui dispose : « Lorsqu'un mariage est célébré dans l'un des cas prévus aux alinéas 2 et 3 de l'article 93, les publications sont faites, dans la mesure où les circonstances le permettent, au lieu du dernier domicile du futur époux (...) ».

¹²⁸ V. article 545 C. civ.

¹²⁹ V. article 1725 C. civ.

¹³⁰ V. article 1152 C. civ.

¹³¹ V. article 266 C. civ. français.

quête d'équilibre tels des sauriens recherchant en vain les traces d'un serpent sur le rocher. Car la principale difficulté relativement à ces référents d'équilibre est qu'ils n'ont pas été définis par le législateur.

Cette posture législative est-elle le symbole de « pudeur » ou de « matoiserie » du législateur ou, au contraire, le signe de son impuissance à élaborer des textes précis, « l'impression d'un “désengagement”, d'un “désinvestissement” certain du législateur »¹³² à trouver lui-même en l'espèce l'équilibre nécessaire entre des droits ou intérêts en conflit ?

36. L'on n'est pas sans savoir que la sécurité juridique postule en principe l'application de règles juridiques rigides : le langage du droit est censé être précis et clair¹³³. Certains auteurs¹³⁴ ont mis justement en évidence la particularité des notions relatives taxées d'être des notions floues pour en tirer la conséquence qu'elles tendent à mettre en péril la sécurité juridique. Ainsi pour Philippe Jestaz, « de même que les postulats sont suivant une formule fameuse la honte des géomètres, de même les notions indéfinies créent un malaise au sein de la science juridique »¹³⁵. M. Verhaegen renchérit en ces termes : « Rendues confuses à dessein, elles ont pour fonction première de “noyer le poisson”, en enserrant dans leurs “termes pour les régir effectivement, une notion qu'il serait impossible d'appréhender intégralement par le procédé de la définition précise et rigide” »¹³⁶.

A ceux-là qui ne voient en ces notions que l'absence de clarté pourtant caractéristique de la règle de droit et le malaise qu'elles créent relativement à la sécurité juridique, il a été rétorqué, notamment, par R. Demogue que « la clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses »¹³⁷.

¹³² C. POMART, *La magistrature familiale : vers une concrétisation légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, L'Harmattan, 2003, n° 3, p. 20.

¹³³ Comme la rappelle G. RIPERT, « L'objectif de clarté de la loi se justifie par la place qu'elle prend dans l'ordre juridique : il faut que le Pouvoir la fasse exécuter par ses agents, que les juges réprimant les violations des règles qu'elle a établies, que les sujets de droit ne l'écartent pas pour se placer sous l'application d'autres règles » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1995, p. 364).

¹³⁴ V. notamment N. LAHAYE, « Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable », in Etudes publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 73 ; C. PERELMAN, « L'usage et l'abus de notions confuses », in *Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1978, vol. VIII, p. 1 et s.

¹³⁵ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes de droit classiques du droit civil*, Paris, 1968, p. 9.

¹³⁶ VERHAEGEN, *Notions floues et droit pénal*, in Etudes publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 7-8, cité par M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 12-13, n° 2.

¹³⁷ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Arthur Rousseau,

37. Mais sans s'enfoncer davantage dans ce débat doctrinal –les deux aspects de la controverse pouvant valablement être soutenues¹³⁸- l'on peut affirmer que ce choix délibéré et réfléchi¹³⁹ du législateur, du reste à propos, s'explique certainement par un souci de sagesse et de politique législative¹⁴⁰. Au travers de la fluidité de certaines notions –les notions à contenu variable y ont droit d'être citées en priorité-, se profilent « les valeurs de référence du législateur »¹⁴¹ et partant celles du juge : le législateur « [creuse] par intention un vide à remplir par le juge »¹⁴².

Comme le souligne à propos Ch. Atias, « le droit est “l’art de la décision dans l’incertain”. Cette incertitude n’est pas une faiblesse du droit ; elle est de sa nature et permet seule son application à une infinie variété de cas ; elle est la condition de la prévisibilité du droit. Si le droit n’était pas indéterminé, pour que chaque règle fût applicable dans des cas non expressément envisagés, il faudrait une règle par cas »¹⁴³. Ainsi, si d’aucuns pourraient estimer que les notions relatives serviraient, entre autres, à éluder les termes d’un langage que la loi souhaite probablement éviter, en le rendant sciemment imprécis ou incertain, il ne faut pas occulter cette évidence et vérité qu’elles visent surtout à réaliser parfois « un compromis politique qui permet de débloquer des situations autrement sans issue »¹⁴⁴.

D’ailleurs, à leur sujet, le doyen Gérard Cornu a pu dire : « On a depuis

¹⁴¹ 1911, p. 63.

¹³⁸ Il est évident que les notions à contenu variable peuvent créer un malaise en droit mais en même temps elles pourraient être perçues comme un vecteur d’évolution du droit. Il s’agit alors d’« un mal nécessaire ».

¹³⁹ La multiplication des notions à contenu variable invite à penser qu’il ne s’agit pas d’une initiative accidentelle ou ponctuelle du législateur, sans véritable signification, ni même d’une “maladresse” que ce dernier aurait commis.

¹⁴⁰ La politique législative encore appelée politique juridique est l’élaboration du contenu et la définition du but de la règle de droit (V. notamment B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 5^{ème} édition, 2000, p. 130, n° 329).

¹⁴¹ Pour paraphraser S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.

¹⁴² G. CORNU, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires », Rapport de synthèse, *RRJ*, 1987, p. 1182, cité par M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 12, n° 1.

¹⁴³ Ch. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », in *Sources du droit*, A.P.D., Sirey, tome 27, 1982, p. 209-233, spéc. p. 226.

¹⁴⁴ M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, p. 12, n° 2. Il fait remarquer, en appendice 4, que le professeur Orlic, de l’Université de Belgrade, enseignait ainsi avec humour que l’opposition d’un bloc soutenant obstinément que « les chiens aboient » à l’autre prétendant que seuls « les chats miaulent », se résolvait par une stipulation aussi vague que « tous les animaux poussent un cri particulier », in E. AGOSTINI, *Droit international privé, Cours de D.E.A. droit privé*, Université Montesquieu, Bordeaux, 1996.

longtemps reconnu que, pour s'évader de cette législation rigide, liée à une formulation fermée, il fallait d'autres mots, des mots ouverts sur une série indéfinie d'applications virtuelles non limitativement prévues au départ. (...) sans généralisation abusive, ce mode d'expression tend, de façon typique, à se répandre dans les législations modernes (...), au moins en des matières où il paraît essentiel de ne pas figer l'application de la règle de droit, en bloquant par avance une évolution que le législateur d'une époque a pu ne pas prévoir ou ne pas appréhender (...) »¹⁴⁵.

38. Mais, en même temps, une autre vérité s'invite : en « abandonnant » au juge le soin de préciser les notions vagues, tout prête à croire que c'est une part de son pouvoir créateur de droit que le législateur cède ou transfère au juge, une « renonciation de la part du législateur à sa fonction et une reconnaissance du pouvoir du juge dans l'élaboration de règle (...). Le législateur donne au juge la confiance qu'il se retire à lui-même »¹⁴⁶. Cette démarche « ambiguë » du législateur peut alors être appréciée en un double sens : « On pourrait y trouver l'avantage d'une souplesse qui assure tout autant une meilleure adaptation de la règle aux circonstances infiniment variables de chaque espèce qu'une possibilité d'adaptation de la règle elle-même aux besoins sans cesse nouveaux. A l'inverse, on pourrait craindre les dangers d'un subjectivisme qui rendrait plus aléatoire la justice et, enclin à ne voir dans le raisonnement que du fait, on redouterait une prolifération de celui-ci dans le droit, y semant mille germes d'insécurité et d'imprévisibilité »¹⁴⁷.

39. Tirant les conséquences de l'analyse ci-devant, l'on peut affirmer sans ambages que l'équilibre des intérêts est alors réduit à être déterminé par les circonstances factuelles, par une évaluation des intérêts et droits en présence, de sorte à ne pas pouvoir être fixé dans une loi, à ne peut pouvoir « faire l'objet d'une règle générale abstraite, mais chaque fois d'une application particulière »¹⁴⁸. Ainsi, les intérêts légitimes opposés – l'intérêt légitime de l'enfant opposé à l'intérêt légitime des parents, l'intérêt légitime de l'autorité opposé à l'intérêt légitime du citoyen, l'intérêt légitime du débiteur opposé à l'intérêt légitime du créancier, etc. – ne peuvent que faire l'objet d'une appréciation spécifique, particulière.

40. Les notions variables ou relatives du droit civil sont donc des notions aux

¹⁴⁵ G. CORNU, « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., 1998, p. 290.

¹⁴⁶ G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, n° 6, p. 444.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ V. VANNES, *op. cit.*, p. 42, n° 22.

contours multiples, par définition, rebelles à toute détermination précise et dont la substance intrinsèque est « la souplesse qu'elles véhiculent et qui permet de s'adapter à l'opinion en cours et aux besoins sociaux en perpétuelle extension »¹⁴⁹. Il s'agit ainsi de mécanismes, principes et concepts correcteurs qui permettent –qui doivent permettre- *a posteriori* au juge de corriger certains déséquilibres que peut créer la mise en œuvre de la loi.

Il s'induit que le flou conceptuel ou l'imprécision des notions à contenu variable que le législateur utilise comme référents pour la quête de l'équilibre entre les droits en conflit invite à une collaboration permanente entre le législateur et le juge bien que les rôles de ces deux acteurs soient envisagés distinctement. En clair, tel un dialogue entre eux, le législateur ayant voulu *a priori* l'équilibre des droits et intérêts, il laisse le soin au juge de le construire *a posteriori*.

II- L'équilibre construit *a posteriori* par le juge

41. Il est vrai qu'à défaut d'une prise de « responsabilité » en amont par le législateur, le juge reste en première ligne pour régler les conflits de façon casuistique et partant rechercher l'équilibre à travers chaque espèce. Mais, affirmer une césure ou un duel entre le rôle du législateur et celui du juge ne saurait s'imposer car, en réalité, derrière l'imprécision délibéré des référents de l'équilibre, « le législateur délègue un pouvoir au juge et guide son intervention »¹⁵⁰. De la sorte, le juge, en interprète, cherche des pistes ou réponses auprès du législateur pour construire l'équilibre voulu par ce dernier. Mais, comme l'écrivait C. Labrusse-Riou, « [i]l en est des lois comme des œuvres théâtrales ou musicales : elles ont besoin de l'interprète qui, selon son génie ou sa médiocrité, fait vivre l'œuvre dans sa grandeur, son harmonie, sa plénitude en la recréant souvent ou, à l'inverse, la dévalorise et même la trahit (...) »¹⁵¹. Ainsi, l'équilibre que le juge est amené à construire s'induit de son pouvoir herméneutique classique (*A*). Cependant, confronté quelquefois au flou ou à la flexibilité des référents à lui proposés par le législateur pour la quête de l'équilibre, le juge est conduit à donner vie à ces référents au moyen d'un pouvoir *normatif* implicite (*B*).

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 43, n° 25, citant notamment C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *op. cit.*

¹⁵⁰ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, p. 38.

¹⁵¹ C. LABRUSSE-RIOU, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Etudes P. Rodière*, Paris, D. 1981, p. 151-176, p. 151.

A - Une construction induite par le pouvoir herméneutique classique du juge

42. L'herméneutique¹⁵² est la « théorie de la lecture, de l'explication et de l'interprétation des textes »¹⁵³.

A priori, il serait difficile de parler de pouvoir herméneutique du juge, car, tenant son pouvoir de la loi et étant alors soumis au respect de la loi, le juge doit se borner à appliquer la loi en agissant sur la base et dans le respect de la loi. En effet, le juge est tenu de trancher les litiges par application de la règle de droit, c'est-à-dire de mettre en œuvre cette règle de droit aux faits de l'espèce¹⁵⁴. En d'autres termes, « [l]e juge doit, avant tout, dire le droit, c'est-à-dire rechercher la norme générale et impersonnelle adéquate et en faire application au cas d'espèce pour déterminer qui du demandeur ou du défendeur a tort ou raison. Le magistrat est alors un “technicien de la légalité”. Son raisonnement est fondé sur une logique déductive : il est “homme de syllogisme” »¹⁵⁵.

43. Mais cette conception de l'action du juge et de ses pouvoirs est trop restrictive car, aujourd'hui, le juge ne saurait être confiné en un rôle d'application automatique et « passive » de la loi. En effet, en cas d'obscurité de la loi, lorsque le sens de la loi n'est pas clair, le travail du juge peut parfois comporter une phase d'interprétation et d'explication car « [l]a définition, si elle n'est pas *stricto sensu* normative, constitue un incomparable outil d'analyse et de qualification »¹⁵⁶, voire d'interprétation.

44. La règle de droit, « caractérisée par l'objectivité du contenu et l'égalité entre les destinataires »¹⁵⁷, implique en effet que « [l]e juge n'est pas habilité par principe à se faire le législateur de chaque cas particulier »¹⁵⁸. Ainsi, « on peut discerner, dans la justice, une conformité à un préalable posé en modèle

¹⁵² L'herméneutique vient du grec *hermeneutikè*, art d'interpréter (*hermeneuein* signifie d'abord « parler », « s'exprimer »). Voir D. NDEH, *Religion et éthique dans le discours de Schleiermacher : Essai d'herméneutique*, p. 32) et du nom du dieu grec *Hermès*, messager des dieux et interprète de leurs ordres.

¹⁵³ A. DYEVRE, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », à lire sur <http://www.juspoliticum.com/Comprendre-et-analyser-l-activite.html>.

¹⁵⁴ Pour la définition de l'application de la règle de droit comme la mise en œuvre de cette règle aux faits de l'espèce, voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, coll. « Quadrige », n° 309, Paris, PUF, 2000.

¹⁵⁵ C. POMART, *op. cit.*, n° 6, p. 24.

¹⁵⁶ P. CATALA, *op. cit.*, n° 5, p. 4.

¹⁵⁷ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁸ *Ibid.*

éminent »¹⁵⁹ par le législateur. Mais, les dispositions juridiques qui guident l'action du juge chargé de leur mise en œuvre, surtout quand il s'agit de dispositions exprimées à travers notamment des notions à contenu variable, supposent nécessairement une interprétation de sa part en vue de construire l'équilibre voulu par le législateur.¹⁶⁰

Dans de telles circonstances, le rôle du juge est de rendre la justice par application du droit ou même de « transformer le droit en justice »¹⁶¹ car « dans sa tradition, le droit doit s'inspirer de l'esprit de justice, et, pour cela, chercher à permettre à chacun l'attribution de son dû (matériel, moral, social, familial, professionnel, spirituel) »¹⁶². Ainsi, même si la justice n'est que l'une des finalités du droit, il revient au juge de mettre en œuvre ce souci de justice et d'équilibre pensé et exprimé dans la règle de droit par l'auteur ordinaire et naturel de la loi. Au juge, alors, « sans violer les textes qu'il a mission de servir, [d']apporter un remède approprié »¹⁶³ à chaque situation-type dans un souci de justice et d'équilibre. La justice du droit que le juge est ainsi chargé de rechercher, dépendra de la place faite aux divers intérêts pertinents discernables dans une même situation.

45. Les référents d'équilibres exprimés en des notions variables par le législateur permettent dès lors au juge d'adapter la règle de droit générale aux faits et exigences évolutives de la société et de rechercher entre des intérêts polémogènes en jeu une solution équilibrée, raisonnable¹⁶⁴ au litige à trancher. Elles lui permettent de déterminer, au fil des situations concrètes, la part respective des différents intérêts qui viennent en conflit. Cela signifie que les notions à contenu variable permettent « d'amener dans les raisonnements de ceux qui ont à interpréter et appliquer le droit positif, les valeurs et équilibrages qui se manifestent dans les autres univers normatifs (...) afin de contribuer à ce processus continu d'articulation entre les droits et valeurs contradictoires qui composent le droit (...) »¹⁶⁵. Autrement dit, elles

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁶⁰ En d'autres termes, le pouvoir d'interprétation du juge ne devrait pas se manifester si le texte est clair. Il s'agit du principe d'interprétation *cessat in claris (in claris cessat interpretatio)*, l'interprétation n'est pas nécessaire lorsque l'énoncé est clair). Mais en pratique, c'est au juge qu'il revient de décider si le texte est clair ou non, de l'interpréter ou non. Malheureusement, il n'existe aucun critère précis pour apprécier la clarté d'un texte.

¹⁶¹ J.-P. GRIDEL estime que c'est ce que certains juges disent de leur mission (V. J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 33).

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ L'idée d'équilibre entre les droits respectifs a pénétré le domaine juridique sous divers vocables dont les plus fréquemment invoqués sont : « juste », « justice », « raisonnable », « équitable », « proportion », « proportionnel », « proportionnalité ».

¹⁶⁵ P. TRUDEL, « Un droit-standard (un principe d'interprétation) », *Cours de Droit de l'information et de la communication*, Faculté de l'éducation permanente, Université de

lui permettent d'« adapte[r] le droit écrit à la hausse ou à la baisse et elles assouplissent la rigueur du droit écrit (...) ou comble[nt] ses lacunes »¹⁶⁶.

46. De ce qui précède, l'on peut déduire, sans ambages, que les notions à contenu variable, parce qu'elles « permettent effectivement de pallier la difficulté [pour le législateur] de formaliser des règles pour des situations atypiques, en autorisant le pouvoir judiciaire à tempérer les effets trop bruts que produirait une règle rigide »¹⁶⁷, favorisent alors le magistère des Cours et tribunaux au moyen de l'interprétation¹⁶⁸ : Tout particulièrement, parce que les notions relatives du droit civil sont des notions moues, sans contenu préétabli, elles sont adaptées par les Cours et tribunaux au gré des circonstances pour corriger les déséquilibres constatés en droit civil.

47. A l'analyse, les notions relatives du droit civil se présente comme des notions « ouvert[es] à l'œuvre de l'interprète »¹⁶⁹. Mais, l'interprète étant la « bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁷⁰, il est posé comme limite à l'action du juge une interprétation de la règle de droit suivant l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, quelle que soit la connotation de la notion à contenu variable –axiologique, politique ou éthique– elle impose au juge qui la met en œuvre « un jugement de valeur qui ne peut s'exercer en dehors des circonstances particulières de temps et de lieu de l'action »¹⁷¹. En d'autres termes, le contenu du pouvoir du juge doit être recherché dans la « norme habilitante »¹⁷² ; en conséquence, « [il] n'appartient pas au juge de fausser la loi, (...) c'est au législateur qu'il appartient de donner au juge un instrument qui permette que le droit, de lui-même, s'adapte constamment aux circonstances sociales variables »¹⁷³. C'est dire que, derrière cette volonté

Montréal, consultable sur <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3805g/droitalinformation.html>.

¹⁶⁶ Cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 45, n° 26.

¹⁶⁷ M. BODIN, *Les notions relatives en droit civil*, thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011, n° 53, p. 62-63. Il fait un renvoi à P. RICŒUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in *Interprétation et droit*, sous la direction de P. AMSELEK, Bruxelles, Bruylants-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 187-188, sur la valeur de l'interprétation au regard de l'argumentation.

¹⁶⁸ Cette idée est bien évidemment partagée par certains auteurs : V. notamment Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 2^e éd. 1994, n° 40, p. 37.

¹⁶⁹ A. J. ARNAUD et al. (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 123.

¹⁷⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre IV, Paris, Gallimard, 1995, cité par Aude BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Groupe Boeck, Bruxelles, 2010, p. 47, n° 58 et appendice 153.

¹⁷¹ Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 46, n° 56.

¹⁷² *Ibid.*, p. 33, n° 31.

¹⁷³ A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RID comparé* 1970, p. 249.

législative délibérée de recourir à des référents imparfaits, à des notions rendues délibérément imprécises, il y a néanmoins « une véritable volonté politique de créer une norme juridique dont le sens s'affinera avec l'interprétation jurisprudentielle »¹⁷⁴.

Les référents d'équilibre, bien qu'imparfaits, prescrivent en effet au juge, interprète privilégié de la loi, de « soupeser les intérêts en présence, de départager les valeurs et enjeux et de tracer la limite concrète des différents droits fondamentaux qui viennent en contradiction »¹⁷⁵. L'essentiel du travail du juge, en se rappelant que ni l'un ni l'autre des droits et libertés aussi englobants et diversifiés ne sont absous, est d'identifier les limites respectives de chacun d'eux. Tout le défi réside alors à mettre au jour les principes et raisonnements par lesquels le juge parvient à articuler ces différents droits et intérêts divergents entre eux.

48. Fort heureusement, au regard de la jurisprudence, on peut avancer que le juge, ayant certainement en esprit que « [s]i les textes (...) n'offrent aucune solution explicite ou implicite, celle-ci pourra toujours être trouvée à partir de ce que suggèrent la raison, l'équité, la nature de l'homme et celle des intérêts en présence »¹⁷⁶, fait sans cesse appel à des critères ou « facteurs de structuration » qui puissent lui permettre de situer les délimitations respectives des droits venant en conflit. Ainsi, pour procéder à la balance des intérêts contradictoires, se réfère-t-il constamment à certains critères dont notamment l'*« intérêt le plus légitime »*, l'*« intérêt supérieur de l'enfant »*, la *« proportionnalité »*, l'*« abus de droit »*.

49. - Le critère de l'intérêt le plus légitime : Lorsque le juge a à arbitrer entre deux droits en présence, selon une formule désormais classique en jurisprudence, il privilégie *l'intérêt le plus légitime*.

Par exemple, les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant une identique valeur normative, « font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »¹⁷⁷. En effet, l'interprétation du droit à la vie privée et du droit à l'information du public implique nécessairement un certain jugement sur la conduite de la personne qui se plaint de la violation de son droit et de celle qui est censée le violer. Et pourtant, ce jugement, le juge ne saurait le faire s'il ne prend en

¹⁷⁴ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, n° 28, p. 78.

¹⁷⁵ P. TRUDEL, *op. cit.*

¹⁷⁶ J.-P. GRIDEL, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2003, *JCP* 2003. II. 10139, note RAVANAS ; *Gaz. Pal.* 2003.3112, note AMSON.

considération les faits de chaque espèce, de chaque situation concrète. Ainsi, la notion de vie privée varie forcément avec le temps et les circonstances, « [u]ne détermination ayant été faite à une occasion ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances »¹⁷⁸. A l'opposé, la vigueur du droit à l'information doit être appréciée à l'aune de l'utilité des données recueillies de toute personne et ce quelle que soit sa notoriété pour l'édification des contemporains de sorte qu'il a pu notamment être que « le droit à l'information du public est limité, d'une part, aux éléments relevant pour les personnes publiques de la vie officielle, d'autre part, aux informations et images volontairement livrées par les intéressés ou que justifie une actualité ou un débat d'intérêt général »¹⁷⁹. Ainsi, « la contribution à un débat d'intérêt général est évaluée en jurisprudence sous l'angle de la considération du droit du public d'être informé, lequel dépend de la légitimité de l'intérêt que le public peut avoir à connaître l'information »¹⁸⁰.

50. - Le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant : L'intérêt porté à l'enfant par le droit, même s'il peut être jugé de « récent »¹⁸¹, n'a plus besoin d'être relevé : « L'enfant est, en un autre sens, source de droits. La naissance lui confère des droits (droits sociaux, droits liés à la définition de sa personne et à l'établissement de sa filiation) ; mais ceux-ci ne sauraient être justement reconnus en déniant la place symbolique d'enfant que le droit lui confère. Sans doute faut-il, sur ce point plus que sur d'autres, mettre en valeur les différentes fonctions du droit ainsi que la hiérarchie et la distinction des droits »¹⁸². Dans l'évolution de l'intérêt de l'enfant, il y a désormais le rajout du qualificatif « supérieur » ainsi que l'évocation de sa primauté sur les droits en conflit avec lui. S'il est extrêmement difficile de proposer une définition claire et objective de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸³, l'intérêt

¹⁷⁸ P. TRUDEL, *op. cit.*

¹⁷⁹ V. Tribunal de grande instance de Nanterre, 27 mars 2014, affaire Julie GAYET c/ CLOSER, commenté par A. BREGOU, « Ma vie privée est ma vie privée ! (Julie GAYET) », *L'actualité DDG*, consultable sur www.ddg.fr/?q=fr/actualité/ma-vie-privée-est-ma-vie-privée-julie-gayet.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ D'abord, ce n'est qu'à la Renaissance et au XVIII^{ème} siècle que la notion d'enfance a fait son apparition en droit. Jusqu'à cette époque l'enfant était totalement soumis à la puissance du *pater familias*. Au début du XX^{ème} siècle, avec le développement de politiques éducatives et sanitaires concernant les mineurs, la notion d'intérêt de l'enfant est devenue source de réflexion. Par la suite, cette notion a évolué exponentiellement : de l'intérêt pour les enfants, on est passé à l'intérêt de l'enfant qui, face à d'autres droits et considérations, devient « intérêt supérieur de l'enfant ».

¹⁸² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*

¹⁸³ S'il en est ainsi, c'est bien d'abord parce que le mot « supérieur » est d'inspiration jusnaturaliste et renvoie à la transcendance du droit naturel. Ensuite, parce que la notion est marquée par la relativité et par la subjectivité : « Relativité dans l'espace et dans le temps, car la

supérieur de l'enfant fait partie intégrante de l'arsenal juridique et des critères à la disposition du juge pour trancher des conflits entre les droits de l'enfant et d'autres droits. Ainsi, en de telles circonstances, le juge veille spécialement à la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁴. De la sorte, l'on peut bien se demander si la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, « adaptée à la recherche d'un équilibre entre la liberté des familles... et le souci de la protection des mineurs »¹⁸⁵, ne rompt pas l'équilibre tant recherché en droit. En réalité, l'on peut se rassurer que, loin de rompre l'équilibre, l'intérêt supérieur de l'enfant forçant à prendre en compte en toutes circonstances l'existence de droits subjectifs de l'enfant, l'a fortement influencé. L'idée d'équilibre entre intérêts opposés et égaux l'emporte donc sur l'idée de supériorité même quand la jurisprudence se réfère expressément à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁶.

51. - *Le critère de proportionnalité* : le vocable « proportionnalité »¹⁸⁷ qui exprime le « caractère de grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles »¹⁸⁸, est décrite par référence au terme « proportion » (emprunté au latin *proportionis* qui se traduit par « rapport, analogie ») comme « le fait de repartir (quelque chose) selon une juste proportion »¹⁸⁹ ou en référence au verbe « proportionner », c'est-à-dire « rendre (une chose) proportionnelle (à une autre), établir un rapport convenable, normal entre (plusieurs choses) »¹⁹⁰ ou

notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille. Subjectivité individuelle, celle des père et mère, de l'enfant et du juge ; subjectivité collective, celle de la société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même » (H. FULCHIRON, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 décembre 2009, n° 342, p. 15). Cette difficulté de définition de la notion conduit inéluctablement à un flou conceptuel et même à l'incohérence des manifestations juridiques de la notion en jurisprudence (Voir pour plus amples développements sur la question, G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF*, n° 2, 2003, p. 77-86).

¹⁸⁴ V. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18360 ; Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-17912, *Dr. Fam.* 2006, comm. n° 28, obs. A. GOUTTENOIRE ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, pourvois n° 06-1786 et 06-12655. Par ailleurs, l'on peut relever que cette notion est même devenue le fer de lance de la résistance de certains magistrats rendant alors des décisions à contrepied du droit positif.

¹⁸⁵ Conseil d'Etat français, *Statut et Protection de l'enfant*, Paris, La Documentation française, 1991, p. 37, cité par G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁶ Ainsi, dans un arrêt du 7 février 1996 relatif à une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale, la Cour de cassation française a estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant est le résultat d'une mise en balance entre « l'intérêt de l'enfant » et les « intérêts de chacun des parents » (Cass. civ. 2^{ème}, 7 février 1997, arrêt n° 99).

¹⁸⁷ Il vient du latin *proportionalitas* pour fournir un nom d'état à proportionnel.

¹⁸⁸ Dictionnaire *Le Petit Robert*, Paris, 2013, V° sous « proportion », p. 1154.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

« garder la proportion convenable, établir un juste rapport entre (une chose et une autre) »¹⁹¹.

Comme l'on peut s'en apercevoir, appliquée(s) au thème de cette analyse, ces notions ou concepts expriment une idée commune, celle d'équilibre qu'il faut respecter entre les différents droits ou intérêts en conflit. Avec le critère de « proportionnalité », la justice se définissant comme « une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû »¹⁹², le juge est enclin à rechercher entre ces différents droits une certaine proportion et non une égalité, « en fonction des biens de chacun et de [ses] mérites »¹⁹³. La nécessité de respecter un rapport d'équilibre entre des droits en conflit impose au juge de prendre en compte, au regard de la norme de référence et de l'acte ou l'action qu'il convient de juger, « des "critères" ou des "grandeurs" qui doivent rester dans un rapport constant de différence et qui reposent sur le critère général du raisonnable »¹⁹⁴. En d'autres termes, le juge opère un contrôle de proportionnalité¹⁹⁵ entre l'atteinte qui est portée à un droit protégé et la nécessité de respecter un autre droit, ou un autre principe, également protégé ou reconnu.

Par exemple, la jurisprudence considère, comme condition d'application du principe de l'*exceptio non adimplenti contractus* ou exception d'inexécution contractuelle¹⁹⁶, un équilibre entre les obligations réciproques non exécutées, que « l'exception d'inexécution soit appliquée de manière proportionnelle au manquement du débiteur de l'obligation »¹⁹⁷, que « [l]e refus de l'*excipiens* doit (...) être proportionné à la violation initiale du contrat »¹⁹⁸, que « l'inexécution ait assez d'importance pour que la résolution soit immédiatement prononcée ou si, au contraire, elle pourrait être suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts »¹⁹⁹. En d'autres termes, le juge recherche, pour l'application efficiente de ce principe, un certain équilibre entre les inexécutions respectives des prestations des parties, entre la défaillance invoquée et la réponse à cette défaillance. L'équilibre à rechercher en cette hypothèse emmène le juge à

¹⁹¹ Dictionnaire Littré, Monte-Carlo, 1968, t. III, V° « proportionner ».

¹⁹² C. PERELMAN, *Philosophie morale*, Bruxelles, P.U.B., 1969, p. 40 cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 84, n° 50, n° 31 et appendice 84.

¹⁹³ V. VANNES, *op. cit.*, p. 84, n° 50.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 52, n° 34.

¹⁹⁵ Sur le contrôle de proportionnalité en France, cf. X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Economica, 1990.

¹⁹⁶ Ce principe posé par l'article 1184 du Code civil.

¹⁹⁷ V. VANNES, *op. cit.*, p. 84, n° 63. V. également Cass., 6 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 559.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 84, n° 63.

¹⁹⁹ V. à ce sujet, Civ. 14 avril 1891, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 176 ; *D.P.* 1891. I. 329, note Planiol. – Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1999, *Bull. civ.* I, n° 245 ; Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 14 ; *Défrenois* 1995. 1408, obs. D. MAZEAUD.

déterminer la mesure dans laquelle « l'inexécution des obligations par une partie est de nature à affranchir l'autre de ses obligations corrélatives »²⁰⁰.

52. - *Le critère d'abus de droit* : La théorie dite de l'abus de droit (plus exactement, de l'abus *des droits* ou de l'abus *d'un droit*) est une théorie du droit qui a pour vocation de corriger certaines conséquences jugées néfastes de la reconnaissance de droits subjectifs au profit des personnes²⁰¹. La prohibition de la notion d'abus de droit est mise en œuvre par la jurisprudence, depuis l'affaire Clément-Bayard²⁰², « d'une manière casuistique, en fonction des circonstances propres à chaque situation factuelle et juridique, et surtout [elle] suppose toujours un jugement de valeur, qui n'est pas totalement étranger à une évaluation en équité voire une appréciation d'ordre moral »²⁰³. Le faisant, elle a dégagé plusieurs critères de l'abus de droit²⁰⁴. Il s'agit notamment de « l'intention de nuire à autrui »²⁰⁵, du « fait d'agir de manière téméraire, malicieuse ou de mauvaise foi »²⁰⁶, du « fait d'exercer le droit sans intérêt pour le titulaire tout en causant un dommage à autrui »²⁰⁷, du « fait du titulaire d'avoir choisi, entre plusieurs

²⁰⁰ V. VANNES, *op. cit.*, p. 84, n° 63.

²⁰¹ Pour de plus amples développements sur cette théorie, voir, par exemple, D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, p. 2-4. Voir également M. ROTONDI, « Le rôle de la notion d'abus de droit », *R.T.D. civ.*, 1980, p. 66 et s. ; V également P. DULIAN, *D.* 1993, chron. 97.

²⁰² Req. 3 août 1915, *D.P.* 1917, 1, 79 ; *GAJ civ.* 11^{ème} éd., n° 62 : Coquerel a installé des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues sur son terrain pour crever les ballons dirigeables décollant du fonds de son voisin, Clément-Bayard. Selon la Cour de cassation française, « Le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigé que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l'article 647 du code civil la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois ».

²⁰³ D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommages à Guy Isaac*, tome I, Toulouse, Presses Universitaires des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 581.

²⁰⁴ Il faut le faire remarquer, ces critères de l'abus de droit ont été dégagés au cours du XX^{ème} siècle par la jurisprudence mais également par la doctrine.

²⁰⁵ V. Civ. 2^{ème}, 26 nov. 1953, *D.* 1956.154, note FRIEDEL, où il a été jugé que l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui.

²⁰⁶ V. Civ. 3^{ème}, 2 février 2005, *Bull. civ.* III, n° 24 ; *JCP* 2005. II. 10077, concl. GUERIN. – Civ. 2^{ème}, 11 janvier 1973, *Gaz. Pal.* 1973. 2. 710. Voir également, RENARD, *Gaz. Pal.* 2007, Doctr. 1522.

²⁰⁷ V. Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n° 404; *RTD civ.* 1997.156, obs. GAUTIER.

manières d'exercer le droit, sans intérêt pour lui-même, le mode le plus dommageable pour autrui »²⁰⁸, du « détournement de la finalité économique et sociale du droit »²⁰⁹, du « fait du titulaire d'avoir exercé le droit de manière telle que l'avantage qu'il en retire est sans proportion avec les inconvénients qui en résultent pour celui qui le subit »²¹⁰.

Comme l'on peut le voir, la caractéristique principale de la théorie générale de l'abus du droit repose sur le respect du droit d'autrui, dans la relation du droit à autrui. Ainsi, la recherche de l'équilibre se fait autour du principe qu'il est prohibé toute atteinte excessive aux droits ou à la situation d'un individu et impose une obligation de modération pour autrui et de recherche d'harmonie pour le juge. Ainsi, dès lors que l'exercice du droit par son titulaire entraîne une rupture d'équilibre des intérêts en présence, il est fautif et donne l'occasion au juge saisi de rétablir l'équilibre rompu à travers le critère d'abus de droit.

53. De l'analyse qui précède, l'on peut s'en apercevoir, l'équilibre voulu par le législateur et délégué par lui au juge est construit par ce dernier au travers son pouvoir herméneutique classique. Mais, sur le plan juridique, le vocable « interprétation » a un sens double : d'une part, il désigne l'activité du juge tendant à déterminer la portée d'un texte ambigu ou obscur ; d'autre part, il désigne l'activité du juge tendant à élaborer une solution lorsque le texte présente une lacune. Il s'agit finalement pour le juge de « déterminer le sens d'un texte et de concrétiser la loi dans le cas donné »²¹¹. Ainsi, l'interprétation désigne à la fois l'opération par laquelle on attribue une signification, un sens à un texte, et le produit de cette opération²¹². Avec le second pan de l'acception de l'interprétation, l'on peut en déduire un pouvoir normatif implicite du juge, pouvoir qui ne peut que contribuer à conforter cette construction jurisprudentielle de l'équilibre.

B - Une construction confortée au moyen d'un pouvoir normatif implicite du juge

54. L'on le sait, « le juge doit, (...) en toutes circonstances, obéir à la loi qui

²⁰⁸ V. Cass. 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65, cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 87, n° 67 et appendice 229.

²⁰⁹ V. à ce sujet, L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Paris, 1^{ère} éd. 1895, 2^{ème} éd. 1939, n° 292, cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 85, n° 65.

²¹⁰ V. Cass. 10 septembre 1971, cité par V. VANNES, *op. cit.*, p. 87, n° 67.

²¹¹ R. DVORSKA, « Interprétation de la loi par le juge », à lire sur <http://droit-medical.com/perspectives/la-forme/416-interpretation-loi-juge#ixzz3W9bophgc>

²¹² Voir pour plus amples développements sur la question de l'interprétation, D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2003, p. 843-847.

constitue la source et le fondement autant que la limite de son pouvoir »²¹³. Ainsi, le juge se présente comme une autorité d'exécution et non de création de la loi, car la juridiction vient de « *juridictio* » (dire le droit) et non de « *jurislatio* » (créer le droit). Partant de cette connaissance profonde, la conséquence logique devrait être qu'en l'absence de loi ou de l'insuffisance de la loi, « le juge doit renoncer à juger, n'ayant aucune base légale pour statuer »²¹⁴. Et pourtant, il est imposé au juge une obligation de juger, obligation du « *non liquet* »²¹⁵, en toutes circonstances, même en l'absence de toute loi désignée²¹⁶. Il est évident que quand il n'y a pas, en l'espèce, de loi, le juge qui, en principe, est lié par la loi, est contradictoirement délié par cette même loi : « La loi ne devient-elle pas, dans ces conditions, la loi du juge ? ».

Prenant conscience de cet état de fait, le juge a dû appliquer les textes parfois de façon audacieuse, « étant ainsi hissé ou se hissant, subrepticement, à la hauteur du législateur »²¹⁷ ou du moins s'érigent en le jurislateur par excellence. A titre d'illustration, c'est l'interprétation *praeter legem* des dispositions légales « qui a donné [notamment] corps à la période précontractuelle, inventé la responsabilité du fait des choses, sculpté la stipulation pour autrui... »²¹⁸. En outre, l'attention accrue portée à l'individu au XIX^{ème} puis XX^{ème} siècle suscita un effort de création jurisprudentielle²¹⁹ et de systématisation doctrinale d'une rare ampleur assurant la prise en compte non seulement de la personnalité –conçue, à la manière du philosophe, comme « la conscience nette de soi... d'un être qui dure et qui s'attribue, à tort ou à raison, quelque identité »²²⁰, ou, à la manière du juriste, comme l'aptitude à être sujet de droit– mais aussi de « l'ensemble des attributs de la personne humaine »²²¹. L'intervention du législateur viendra

²¹³ F. WODIE, « Le juge et la loi », in *Les Bonnes pages*, Les Editions du CERAP, 2011, p. 17, consultable sur <http://www.cerap-inades.org>.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 13.

²¹⁵ La notion de *non liquet* est définie comme « l'impossibilité pour le juge ou l'arbitre de statuer sur le fond de l'affaire à cause d'une insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire » (Voir J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 747).

²¹⁶ L'on n'est pas sans savoir que « [I]l juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » (v. article 4 du Code civil).

²¹⁷ F. WODIE, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁸ P. CATALA, *op. cit.*, n° 5, p. 5.

²¹⁹ La construction jurisprudentielle a longtemps conservé un aspect « souterrain », les juges s'attachant à assurer la protection de l'individu sans recourir officiellement à l'expression « droit de la personnalité ». Celle-ci ne semble avoir été utilisée, pour la première fois en France, par la Cour de cassation qu'à l'occasion de son rapport pour l'année judiciaire 1968-1969.

²²⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 5^{ème} édition, 1947, 487.

²²¹ R. NERSON, « Protection de la personnalité », *RTD civ.* 1975, 524.

par la suite, manifestant moins une action qu'une réaction à des évolutions sociales et des innovations techniques lourdes de péril pour l'âme et le corps.

55. Dans le même ordre d'idées, à l'instar de « ce moine qui, tenant à consommer du lapin le Vendredi Saint l'a baptisé carpe »²²², les notions à contenu variable ouvrent au juge autant d'espaces de création du droit.

Par exemple, si les articles 1217 et 1218 du Code civil consacrent l'indivisibilité des obligations et que l'article 1165 du Code civil consacre l'effet relatif des conventions, la jurisprudence se fondant sur la « notion aux contours incertains et protéiformes »²²³ d'**« indivisibilité »**, a consacré avec une certaine audace une « indivisibilité des contrats » à travers une approche économique des ensembles contractuels²²⁴. La notion de cause a été également utilisée dans le cadre de groupe de contrats afin de fonder l'indivisibilité de certains ensembles. Ainsi, dans un arrêt dit « des cassettes-vidéos », la notion de cause a servi à annuler un contrat privé d'intérêt économique. En effet, la jurisprudence s'est montrée audacieuse et a renouvelé les fonctions de la cause pour assurer un certain équilibre contractuel. Ainsi, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, la cause de l'obligation, conçue de façon abstraite, « ne permettait que de vérifier l'existence d'une contrepartie minimale, quand bien même elle était déséquilibrée »²²⁵. Mais avec et à partir des arrêts *DPM Vidéo*²²⁶ et *Chronopost*²²⁷, la Cour de cassation française invite désormais les juges de fond « à concevoir la cause de l'obligation de façon plus concrète, au regard de l'objectif économique poursuivi et de l'intérêt recherché, afin d'en faire l'instrument d'un véritable rééquilibrage »²²⁸. Comme conséquence, la sanction de l'absence de cause s'en est trouvée modifier : la cause satisfaisant la protection d'un intérêt privé, elle est sanctionnée, en cas d'absence, non plus par une nullité absolue mais par une nullité relative²²⁹.

Par exemple, encore, comme le relève C. Radie, « [l']attrait de la faute est

²²² Cité par F. WODIE, *op. cit.*, p. 15.

²²³ M. Ghislain de MONTEYNARD, *op. cit.*.

²²⁴ V. Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2010, *Bull. civ. I*, n° 213 ; D. 2011.566, note MAZEAUD ; V. aussi Com. 4 avril 1995, *Bull.* n° 115 et 116, arrêt Sedri ; Com. 15 février 2000, *Bull.* n° 29, arrêt Soulard : dans cet arrêt, il a été écarté une clause d'un contrat de location de matériel audiovisuel stipulant la divisibilité de ce contrat avec celui de diffusion de spots publicitaires sur ce même matériel. A cette occasion, les commentateurs ont relevé l'utilisation, à côté de la notion de cause, de la notion « d'économie générale de la convention ». V. également MESTRE, *RTDC* 1999, p. 108.

²²⁵ V. Groupe ISP, « L'équilibre contractuel », *Annales ENM* 2007, consultable sur <http://www.prepa-isp.fr>.

²²⁶ Civ. 1^{ère}, 3 mai 1996.

²²⁷ Com. 22 octobre 1996.

²²⁸ V. Groupe ISP, *Ibid.*

²²⁹ V. Civ. 3^{ème}, 29 mars 2006.

tel que la jurisprudence s'est sentie obligée, dans de nombreuses hypothèses, de passer par les fourches caudines de l'article 1382 du Code civil dans des hypothèses où le recours à la notion de "faute" était extrêmement douteux. Il en a été ainsi en matière contractuelle où la systématisation de la distinction des obligations de moyens et de résultat a conduit la jurisprudence à inventer de nouvelles obligations, greffées sur l'obligation principale, pour faire face au besoin croissant de protection des victimes »²³⁰.

56. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples pour se rendre compte qu'en ces circonstances, le juge ne s'est pas contenté d'une interprétation *stricto-sensu* de la loi, c'est-à-dire de simplement déterminer la portée d'un texte ambigu ou obscur, mais s'est invité à une interprétation *lato-sensu* l'autorisant à produire du droit. Il est clair que quand il en est ainsi, le véritable « législateur » n'est plus celui à l'origine de la loi, c'est-à-dire le pouvoir législatif, mais plutôt celui qui l'interprète, c'est-à-dire le juge.

Cette manière de faire relance évidemment le débat sur la question de savoir si le juge crée du droit. En effet, un des débats au sujet de l'interprétation juridique est relatif à la question de savoir s'il y a un pouvoir créateur du droit par le juge lorsqu'il interprète une norme juridique et, le cas échéant, s'il faut le lui reconnaître.

57. Au sujet de l'interprétation juridique, il y a plusieurs courants de pensée. Certaines de ces théories sont qualifiées de « descriptives » et d'autres de « prescriptives » ou « normatives ». Ainsi, s'opposent courant légitimiste et courant réaliste de l'interprétation juridique²³¹.

Selon le courant légitimiste de l'interprétation juridique, conception de Montesquieu, le juge doit seulement être la « bouche de la loi ». En effet, selon cette conception, l'interprétation du juge n'a aucune portée créatrice de droit, et le juge n'est qu'un simple intermédiaire entre la loi générale et son application au cas particulier²³². La théorie légitimiste de l'interprétation

²³⁰ C. RADE, *op. cit.*, p. 315, n° 6.

²³¹ Dans son ouvrage, *Théorie pure du Droit*, H. KELSEN distingue l'interprétation, acte de connaissance, c'est-à-dire celle qui indique la signification du texte, et l'interprétation, acte de volonté, qui revient à déterminer ou à construire le sens du texte (V. H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, traduction de la deuxième édition par Charles EISENMANN, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruxelles, 1999, spéc. p. 462-463). Ainsi, avec la théorie cognitive de l'interprétation, il revient à l'interprète de « libérer le sens unique de la disposition », l'interprétation étant conçue en cette assertion comme un acte de connaissance par lequel il doit se borner à indiquer la signification d'un texte. En de telle circonstance, « [p]ar voie de conséquence, si la norme ne peut avoir qu'un seul sens, celui qui la met en œuvre est également en situation de compétence liée, il ne dispose d'aucun choix interpréitatif » (Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 47, n° 58). Quant à la théorie réaliste de l'interprétation, elle induit l'existence d'un pouvoir de choix de la part de l'interprète entre les différents sens possibles de la notion.

²³² On parle en cela de syllogisme judiciaire : étant donné le cas particulier, le juge doit appliquer telle loi.

juridique est donc étroitement liée à la théorie de la séparation des pouvoirs selon laquelle le législateur, émanation de la volonté souveraine, doit formuler des lois générales, et le pouvoir judiciaire se contenter de leur application dans les cas particuliers.

Selon le courant réaliste qui s'oppose radicalement au légitimisme, conception de Hans Kelsen, l'interprétation juridique a un aspect créateur de droit. En effet, selon cette conception, lorsqu'un juge interprète la loi, il y a nécessairement une part subjective et arbitraire qui rentre dans cette interprétation. En d'autres termes, c'est le juge qui dit ce qui est la loi ou, encore, ce que dit le juge devient du droit. S'inscrivant dans ce courant de pensée, l'on peut affirmer que « [l']indétermination de la norme habilitante est traditionnellement présentée comme étant à l'origine de la reconnaissance d'un pouvoir discréptionnaire au profit de l'acteur chargé de son application »²³³. En d'autres termes, la relativité des notions offre au juge un pouvoir que l'on pourrait qualifier de discréptionnaire au lieu d'être un pouvoir lié²³⁴ car « [d]ès que sur un point quelconque, sous un rapport quelconque, l'action à accomplir par le sujet n'est pas absolument déterminée, du pouvoir discréptionnaire fait son apparition »²³⁵. Ainsi, cette « discréptionnarité »²³⁶ résultant de l'absence de détermination impérative stricte de la part de la loi, de l'incomplète ou imparfaite détermination de la réglementation juridique ouvre une marge d'appréciation au juge chargé de son application. Autrement dit, relativement à cette étude, l'« indéterminabilité »²³⁷ ou de l'« incomplétude »²³⁸ du bloc de la légalité donne au juge le choix de déterminer librement le contenu du référent de l'équilibre. Cet état de fait entraîne que le juge ne saurait être confiné seulement à une interprétation cognitive de la loi, le flou entourant les notions relatives qui servent de référent pour la recherche de l'équilibre, lui ouvre également la voie d'une interprétation réaliste qui, en de telles circonstances, devrait être d'ailleurs être préférée sauf « à procéder à un

²³³ Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 35, n° 35.

²³⁴ Le pouvoir lié, contrairement au pouvoir discréptionnaire, est un pouvoir qui résulte d'une action ou d'un acte prédéterminé(e) par la norme habilitante. Pour plus amples développements sur la notion de pouvoir ou compétence lié(e), voir par exemple P. PY, « Pouvoir discréptionnaire, compétence liée et pouvoir d'injonction », *D.* 2000, p. 563 ; L. DI QUAL, *La compétence liée*, Paris, LGDJ, 1964 ; B. KORNPROBST, « La compétence liée », *RDP* 1961.

²³⁵ Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 35, n° 35.

²³⁶ Vocabulaire employé par L. MICHOU, « Etude sur le pouvoir discréptionnaire de l'administration », *Revue générale d'administration*, tome 3, 1914, p. 195, cité par Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 35, n° 35 et appendice 115.

²³⁷ Vocabulaire employé par S. RIALS, « Pouvoir discréptionnaire », *Répertoire du contentieux administratif Dalloz*, 1984, cité par Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 36, n° 36 et appendice 117.

²³⁸ Vocabulaire employé par E. PICARD, « Le pouvoir discréptionnaire en droit administratif français », *Journée de la société de législation comparée, RIDC*, 1989, cité par Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 36, n° 36 et appendice 118.

véritable refoulement de l'interprétation et à une véritable dénégation de l'autonomie de l'interprète »²³⁹. En effet, comme Hans KELSEN, l'on peut soutenir qu'il semble difficile de considérer qu'une norme ne permet qu'une seule interprétation, « l'interprétation “exacte” ou “vraie” ». C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de la sécurité juridique »²⁴⁰. Ainsi, « [s]i le postulat de base, dans la conception classique de l'interprétation juridique qui a longtemps prévalu et qui n'a jamais totalement disparu, consistait à nier qu'un texte puisse avoir plusieurs sens »²⁴¹, les notions à contenu variable du droit civil invitent le juge – interprète authentique par excellence²⁴² – à un jeu²⁴³ : le choix de l'interprétation entre « le “dire du droit” et le “droit à dire” »²⁴⁴.

58. A l'analyse, la réponse à la question de savoir si les juges créent du droit, amène à établir une nuance.

D'une part, une règle juridique peut s'entendre à la fois comme un ensemble d'énoncés des sources formelles du droit ou un ensemble de significations de ces énoncés. Partant de là, « on peut parler de “création de droit” pour se référer soit à la production d'énoncés (qui est typique de la “législation”, au sens matériel), soit à la production de significations (qui est typique de l'interprétation) »²⁴⁵. Mais, en même temps, parce que produire un texte et lui attribuer une signification sont deux activités tout à fait différentes, « l'on ne peut en aucun cas dire que les juges créent du droit dans le même sens dans lequel on dit que la législation crée du droit. Car la même

²³⁹ D. SIMON, « L'interprétation des notions floues : dérives ou déviances de la normativité », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et Déviances*, Paris, Le publieur, 2005, p. 49.

²⁴⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du Droit*, traduction de la deuxième édition par Charles EISENMANN, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1999, spéc. p. 463.

²⁴¹ Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 47, n° 58. Elle justifie cet état de fait, en appendice 152, notamment par la théorie de l'acte clair développée par le Conseil d'Etat français pour limiter son obligation de renvoi préjudiciel.

²⁴² L'interprétation authentique est « celle à laquelle l'ordre juridique accorde des effets, celle qui ne peut être contestée » et qui relève pour ainsi dire de l'instance jurisdictionnelle (V. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, cité par Aude BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 52, n° 67 ou en appendice 166). Mais les organes susceptibles d'interpréter la loi sont divers. A côté du juge, l'interprète peut être un organe chargé d'appliquer la norme comme une administration. En, le législateur lui-même peut s'ériger en interprète car étant l'auteur des lois, il doit, dans certaines conditions, déterminer leur sens par la possibilité d'édicter des lois interprétatives pour éclairer les dispositions d'une loi antérieurement votée considérée comme obscure.

²⁴³ Charles EISENMANN a pu dire à ce sujet : « le pouvoir discrétionnaire, ou la discréctionnarité, c'est le jeu dans la réglementation juridique ; dans toute la mesure où elle “laisse du jeu”, il y a de la discréctionnarité » (C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, réédition, tome 2, Paris, LGDJ, 1983, p. 661).

²⁴⁴ D. SIMON, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁵ R. GUASTINI, « Les juges créent-ils du droit ? », *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, p. 99-113, spéc. n° 56, consultable sur <http://revus.revues.org/3027>.

expression a évidemment deux significations distinctes dans les deux contextes »²⁴⁶. En cette occurrence, le droit est créé certes par les juges mais ils ne le créent pas seuls, étant aidés en cela par le législateur qui intervient en amont car « (...) il n'y a pas d'interprétation sans un texte à interpréter, et donc le droit naît de la combinaison de la législation (au sens matériel) et de l'interprétation »²⁴⁷. Par conséquent, l'on peut soutenir que les juges créent du droit en produisant des significations à la loi produite par le législateur, le droit se présentant en ce sens comme « une variable dépendante de l'interprétation »²⁴⁸.

D'autre part, parfois, pour justifier une décision, surtout en cas d'insuffisance de loi et d'absence de loi, il arrive que les juges attribuent à une disposition une signification qui n'est pas comprise dans le « cadre » des significations possibles qui pourraient résulter de la disposition ou même « inventent » des dispositions. Ainsi, par des techniques appropriées d'argumentation, les juges comblent une « lacune » dans le système juridique en élaborant une règle implicite et qu'ils utilisent ensuite pour justifier une décision. L'on est bien loin dans ce cas d'une simple opération d'interprétation au sens raisonnable du vocable : « [i]l s'agit plutôt d'une véritable "création" –au sens fort (...)– d'une règle implicite. Une opération, donc, tout à fait analogue à la législation (toujours au sens matériel), même si elle n'a pas la "forme" de la législation, parce qu'elle ne consiste pas dans la formulation "officielle" d'une disposition »²⁴⁹. Toutefois, pour éviter l'« activisme judiciaire » ou le « gouvernement des juges »²⁵⁰, l'on ne peut admettre que de facto un tel pouvoir créateur des juges, sans vouloir pour autant le reconnaître *de jure*.

*
* *

59. Au terme de cette analyse, l'on peut retenir que la recherche de la sécurité juridique conduit le législateur à une recherche constante d'équilibre afin de corriger les déséquilibres dans les rapports conflictuels. Cependant, cette œuvre, il ne la manifeste très souvent qu'à travers des référents d'équilibre imparfaits que sont les notions à contenu variable, déléguant du coup au juge le pouvoir de recherche de cet équilibre. Tirant le meilleur profit du caractère non affiné de la loi, le juge s'érige en certaines

²⁴⁶ R. GUASTINI, *op. cit.*, spéc. n° 57.

²⁴⁷ *Ibid.*, spéc. n° 58.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*, spéc. n° 64.

²⁵⁰ L'activisme judiciaire est l'appellation aux Etats-Unis du « pouvoir des juges » qu'en Europe on reconnaît sous le vocable de « gouvernement des juges ».

circonstances en véritable « législateur ».

60. Des enseignements de cette analyse, l'on peut dire, essentiellement, au sujet des référents d'équilibre choisi par le législateur, c'est-à-dire des notions à contenu variable, que « [l]es standards et les notions floues ont mauvaise presse. On les présente souvent comme des infirmités du droit. Il est fréquent d'entendre dire que si les lois étaient bien faites, elles ne laisseraient place à aucune notion floue »²⁵¹. Ce point de vue qui voit en les notions à contenu variable une « pathologie du droit », est bien de ceux qui croient en l'idée que « les lois devraient avoir la précision des équations algébriques »²⁵². Et pourtant, vues autrement, les notions à contenu variable constituent plutôt des possibilités accrues d'adaptabilité du droit : « [elles] sont essentielles pour permettre au droit de se maintenir en contact avec les pratiques, les valeurs et les évolutions. Comme les droits et les libertés ne sauraient se définir en vase clos, il est essentiel de rédiger les lois ayant trait aux droits fondamentaux en préservant cette ouverture sur tous les milieux qui réfléchissent et exercent leurs activités autour de ces droits »²⁵³. Ainsi, les notions relatives ont pour fonction de stimuler le pouvoir jurisprudentiel ; à ce titre, « elles présentent une double nature : à la marge légale d'appréciation s'ajoute un certain opportunisme quant à l'application de la règle de droit »²⁵⁴. Le juge doit donc « tenir compte juridiquement de l'évolution des faits » pour éviter « que ne se creuse un fossé entre les aspirations des citoyens et le droit »²⁵⁵. C'est dire, en conséquence, que l'office du juge dans la société contemporaine est à la fois « plus complexe et présente une toute autre ampleur » : le juge est à la fois « “acteur” à part entière voire un “co-auteur” de la règle de droit. Il n'est plus seulement un “juge sanctionnateur” mais est devenu un “juge conseiller”, “conciliateur” voire “thérapeute” »²⁵⁶. L'on peut alors convenir avec le professeur F. Wodié qu'« à côté de la stricte application de la loi, la liberté du juge [le] confine à un pouvoir de création, bien au-delà de la simple exécution ; et

²⁵¹ P. TRUDEL, *op. cit.*

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ M. BODIN, *op. cit.*, n° 49, p. 58.

²⁵⁵ F. Dekeuwer-Defossez, *op. cit.*, p. 2.

²⁵⁶ C. POMART, *op. cit.*, n° 6, p. 25, citant J-M COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, coll. « Etudes juridiques », n° 10, Paris, Economica, 2001, p. 133-138 ; citant également C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.* ; citant enfin C. SAVARY-COMBE, *L'intérêt de l'enfant au sein de l'autorité parentale*, thèse dacty., Aix-Marseille III, 1973, p. 293 et F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacement*, P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 30, 1983, p. 170.

voilà comment le serf-arbitre (esclave de la loi) du juge peut se muer en un véritable pouvoir normatif, le self-arbitre »²⁵⁷.

²⁵⁷ F. WODIE, *op. cit.*, p. 17.

REFLEXION SUR LE DROIT MALIEN DES SUCCESSIONS

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

Résumé

La codification du droit des successions a été la plus controversée de l'histoire de la politique législative au Mali. C'est l'une des matières à propos desquelles le législateur malien s'est montré particulièrement prudent. En tout état de cause, l'objection majeure à la codification était liée à la diversité culturelle. Cette législation intervenue tardivement n'a pas reçu d'écho favorable, même si elle a apaisé certaines tensions sociales, du moins momentanément. Au plan juridique, ce Code soulève une multitude d'interrogations sans réponse, bien qu'il comporte des avancées majeures en termes de protection des droits fondamentaux. Un Code qui, du point de vue pratique, exclu environ plus de 95% de la population malienne de son domaine d'application. Lequel Code légalise toutes les pratiques identitaires en matière successorale au Mali peu importe leur conformité avec la constitution. Du pluralisme juridique on bascule vers le laxisme législatif. La tentative alors réussie de la codification du droit des successions s'inscrit dans une posture de révolution juridiquement impossible à cause de l'insécurité juridique qu'elle instaure. Ce Code devrait être la synthèse des différentes sensibilités sans remettre en cause les exigences de l'Etat de droit. Une approche qui pourrait contribuer significativement à l'émergence d'un droit successoral adapté au contexte politique, économique et social du Mali. Ce qui est loin d'être le cas aujourd'hui.

Summary

The codification of inheritance law has been one of the most controversial laws in the history of Mali legislative policy. It is one of the matters in which the Malian legislator was particularly careful. Most of the major objections to codification were related to cultural diversity. The coming of this legislation didn't receive favorable response, although it has eased some social tensions, at least momentarily. Legally, this Code raises a multitude of questions unanswered, although it includes major advances in terms of protection of fundamental rights. From a practical point of view, this Code excludes about 95% of the Malian population from its scope. The Code

legalizes all identity practices in matters of inheritance in Mali regardless of their compliance with the constitution. From Legal pluralism, it shift to the legislative laxity. Therefore, the successful attempt of the codification of inheritance law is in a posture of revolution which is legally impossible because of the legal uncertainty it creates. This Code should be a synthesis of different sensitivities without compromising republican values. This approach could significantly contribute to the emergence of an inheritance law that is suitable politically, economically and socially in the context of Mali. This is far from the case today.

Le 30 décembre 2011, le Mali se dotait enfin d'un Code des personnes et de la famille¹ après plusieurs tentatives de codification². Ce Code est un regroupement de textes disparates qui régissaient les rapports sociaux au Mali. Si certaines matières, comme le mariage ou la tutelle, faisaient l'objet de règlementations, d'autres questions, en revanche, demeuraient régies par les préceptes religieux, la coutume des parties ou encore le Code civil

¹ Loi n°11-087 / AN-RM du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille au Mali.

² Le Code des personnes et de la famille adopté le 30 décembre 2011 est le fruit d'un long processus de réflexions et de concertations des acteurs politiques et de la société civile. En effet, c'est en 1986 (sous la 2^{ème} République) que l'idée de refonte des textes régissant le droit de la famille a vu le jour avec l'adoption des avant-projets relatifs au droit des successions. De 1996 à 2002, des commissions d'experts, des ateliers et des concertations régionales se succédèrent. Les résultats issus de ces travaux ont servi de base à la synthèse nationale tenue à Bamako les 11, 12 et 13 septembre 2001 par un comité de pilotage présidé par l'AMUPI et composé notamment : - de tous les départements ministériels ; -de toutes les associations de femmes et de jeunes ; -de l'AMDH (Association malienne des droits de l'homme) ; -des partis politiques ; -des chefs de quartiers (chefs traditionnels) ; -des délégués de toutes les régions et du district de Bamako, etc. Le document issu de ces différentes concertations fut soumis à l'appréciation du conseil des ministres. Après examen, celui-ci décida de la mise en place d'un comité interministériel. En 2002, les travaux continuèrent avec l'accession à la magistrature suprême d'un nouveau président de la République (Amadou Toumani Touré). Le projet du CPF se buta à des résistances de certaines associations musulmanes. Ainsi, une commission de relecture fut mise en place. Les conclusions de cette commission furent soumises à une 2^{ème} commission de relecture. Le résultat de ces travaux fut soumis à l'approbation des réunions interministérielles. Malgré tout, le projet n'a pas éveillé d'écho favorable au sein du Haut conseil islamique. Une ultime rencontre avec les dernières commissions de relecture avait été initiée pour prendre en charge les dernières préoccupations. Ainsi, un projet de CPF supposé prendre en compte toutes les sensibilités fut soumis le 13 mai 2009 à l'Assemblée nationale pour vote. Ce Code fut voté le 3 août 2009 (loi n° 09-38 AN-RM du 3 août 2009 portant Code des personnes et de la famille). Cette loi étant sérieusement contestée, le président de la République décida de la renvoyer à l'Assemblée Nationale pour une relecture. Ce qui aboutit à l'adoption de la loi n°11-087 / AN-RM du 30 décembre 2011 portant CPF.

français³. Le droit des successions illustre parfaitement ce syncrétisme des sources. « Dans ce domaine précis, le législateur s'est montré prudent, attribuant à la coutume et à la religion des rôles clés. Cette approche du législateur permettait, d'une part, d'éviter des tensions sociales et religieuses mais, d'autre part, de laisser entièrement une situation assez sensible »⁴. La nécessité s'imposait incontestablement de corriger ce vide juridique dans le domaine successoral par l'adoption d'un texte juridique unique en la matière. Théoriquement, si cela ne posait pas de difficulté ; dans la pratique, des contraintes liées à la diversité culturelle devaient être au préalable résolues. Pour le législateur, l'équation à résoudre était la suivante : le relativisme culturel constitue-t-il un obstacle à l'adoption d'une législation unifiée dans le domaine successoral ?

En effet, le domaine successoral est celui dans lequel les croyances et les pratiques sont les plus affirmées au Mali. D'ailleurs, en Afrique noire francophone, le droit de la famille reste l'une des matières qui a plus résisté au changement apporté par la colonisation. Comment alors surmonter les disparités culturelles vers une législation commune ? Comment concilier traditions et modernités, autrement dit comment adapter les institutions anciennes aux exigences nouvelles ? En tout état de cause, l'élaboration d'une législation dans le domaine successoral applicable à tous les Maliens au-delà de leur diversité culturelle et sociale constituait une entreprise délicate. Le rejet systématique des sensibilités et des croyances de chacun étant radical et inadmissible, le législateur adoptait une approche plutôt modérée. Il mettait en place un ensemble de règles supplétives qui s'applique à des conditions déterminées. L'article 751 du Code des personnes et de la famille (CPF) dispose à cet effet : « L'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux, coutumier ou selon les dispositions du présent livre. Les dispositions du présent livre s'appliquent à toute personne : - dont la religion ou la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou par la commune renommée ; - qui, de son vivant, n'a pas manifesté par écrit ou par devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement ; - qui, de son vivant, n'a pas disposé par testament de tout ou partie de ses biens,

³ A signaler que le Code civil français demeure applicable au Mali pour les matières civiles qui n'ont pas été encore réglementées par le législateur. C'est le cas du droit de propriété. L'article 231 de l'ancien Code de procédure civile, commerciale et sociale dispose en ces termes qu' : « en attendant la promulgation du Code civil malien, les règles relatives aux successions, aux donations; aux rapports des époux, à l'exercice de leurs droits et de ceux des mineurs, demeurent applicables devant les juridictions visées dans le présent Code ».

⁴ M. GUISSE, « Le statut de l'enfant naturel au regard du Code des personnes et de la famille au Mali », in *Revue Africaine des Sciences Politiques et Sociales*, n° 6, mai 2015, p. 327 à 363, p. 328.

sauf la mesure compatible avec la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant. Nul ne peut déroger aux règles du mode de dévolution successorale retenu. » Une analyse sommaire de cet article permet de distinguer clairement les successions *ab intestat* des successions *intestat*. Les premières sont celles organisées par la loi en absence de testament, tandis que les secondes concernent la dévolution testamentaire. Le testament est un écrit par lequel une personne décide de ce qu'il adviendra de ses biens après son décès. Il est prévu au livre VIII du Code des personnes et de la famille intitulé : « Des donations entre vifs et des testaments ».

La dévolution successorale est l'ensemble des règles utilisées pour permettre la transmission du patrimoine d'une personne qui vient de décéder appelée *de cuius*⁵. De façon globale, le législateur malien retient apparemment cinq régimes successoraux : le droit commun (règles établies par le Code articles 751 à 944) qui s'applique à défaut de religion, de coutume ou encore de volonté exprimée autrement et de testament. Par une telle institution, le Mali s'engage sur la voie du pluralisme juridique en matière successorale, en accordant la faculté aux citoyens d'opter pour un statut successoral⁶ parmi les cinq ci-dessus cités. Les différents projets successifs sur les successions n'ont pas adopté la même approche. Certains ont adopté une législation unique, d'autres ont plutôt préféré un pluralisme juridique. Ainsi, le projet de 1990 prévoyait trois régimes successoraux : la dévolution contractuelle qui permet à une personne d'engager à titre onéreux ou gratuit lorsqu'il ne sera plus, tout ou partie de son patrimoine ; la dévolution légale qui intervient lorsque le défunt n'a pas fait de testament, et enfin la dévolution testamentaire qui est faite en fonction d'un testament. En revanche, les projets de 2006 et 2009 offrent un exemple de pluralisme successoral. L'article 749 du projet de 2006 identique à celui de 748 du projet de 2009 disposent que : « Les dispositions du présent livre règlent la succession de toute personne à l'exception de : -celle qui, de son vivant, a expressément manifesté sa volonté, par écrit ou par devant témoins, de voir son héritage dévolu autrement, notamment selon les règles d'un droit religieux ou coutumier ; -celle qui, de son vivant, a disposé par testament de tout ou partie de ses biens, sauf la mesure compatible avec la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant. »

⁵ Le *de cuius* est un mot extraits de la formule latine « *is de cuius successione agitur* », celui de la succession duquel il s'agit. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Paris, Litec, 6^{ème} édition 2001, p. 20.

⁶ L'expression « statut successoral » est empruntée d'Amsatou SOW SIDIBE. Voir A. SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit sénégalais)*, Tome L, LGDJ, 1991, p. 197.

Le pluralisme juridique confère un droit d'option qui ne se confond ni avec l'option de l'héritier⁷, ni celle de législation⁸. En effet, en matière successorale, le pluralisme juridique est une méthode qui consiste à mettre en parallèle deux ou plusieurs régimes juridiques différents pour résoudre un même problème, ici celui de la dévolution successorale⁹. L'article 751 du CPF constitue le fondement juridique de cette institution au Mali. Ses dispositions, *a priori* claires, renferment des zones d'ombre et suscitent plus d'interrogations qu'il n'y paraît. Les questions suivantes viennent alors à l'esprit. Quels sont les différents statuts successoraux prévus par le législateur ? Existe-t-il une hiérarchie entre les différents modes de dévolution successorale retenus ? Les personnes dont la religion ou la coutume est établie dans les formes prévues par le Code peuvent-elles opter pour un autre mode de dévolution ? A l'inverse les personnes sans religion et sans coutume peuvent-elles choisir la religion ou la coutume d'autrui ? Le critère d'identification du religieux (musulman, chrétien...) est-il de fond ou de forme ? Autrement dit, qu'en est-il de la situation de l'individu d'apparence musulmane ou chrétienne mais qui accomplit des actes contraires à cette religion ? Que signifie la volonté exprimée autrement ? Quelle est la situation de la personne qui porte atteinte à la réserve héréditaire ? Sa succession doit-elle être dévolue conformément à sa religion, à sa coutume ou aux règles du Code ? Les modes de dévolution retenus sont-ils compatibles avec les exigences de l'Etat de droit ?

Il est évident que le législateur a adopté en 2011 un Code relatif aux successions. Ce Code offrant un pluralisme juridique intègre en son sein la diversité culturelle. Il s'agit d'une méthode par laquelle le législateur a légalisé toutes les pratiques identitaires en matière successorale. En œuvrant ainsi dans ce domaine, le législateur malien apporte plus de problème qu'il n'en résolve. L'objectif de cette étude est de présenter d'abord ce pluralisme juridique malien, en précisant son contenu et sa particularité. Ensuite, déterminer l'exercice de l'option d'un statut successoral et les conséquences qui s'y attachent. Enfin, vérifier si ce pluralisme juridique est une solution au

⁷ L'article 808 du Code des personnes et de la famille prévoit l'option de l'héritier. Il dispose qu' : « une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire. »

⁸ Dans sa thèse de doctorat, Amsatou SOW SIDIBE distingue l'option de statut successoral des notions voisines telles que : l'option de législation, le choix du régime matrimonial, le statut conjugal, l'option de l'héritier et l'option testamentaire. « L'option de législation était la faculté reconnue aux indigène régis par le statut traditionnel de choisir, pour un acte déterminé, de se soumettre à la législation française. Elle existait dans tous les territoires soumis à la souveraineté française. » A. SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit sénégalais)*, *op. cit.* p. 198 et s.

⁹ A. SOW SIDIBE, *op. cit.*, p. 15.

problème des successions. D'ores et déjà, l'article 751 qui constitue le fondement juridique du pluralisme soulève de véritables polémiques et mérite une attention particulière. La formulation de cet article est certainement génératrice d'incertitudes et d'équivoques¹⁰. Le choix du pluralisme juridique en matière successorale en lieu et place d'une législation unifiée est un cas unique dans le paysage juridique du Mali qui mérite en lui-même attention. Si la démarche pluraliste peut être saluée en termes de méthode, elle devient problématique, dès lors que certaines des règles formant le pluralisme sont incompatibles avec les exigences de l'Etat de droit.

En Afrique noire francophone, la question du pluralisme juridique dans le domaine successoral n'est pas nouvelle tant dans les législations que les exposés des doctrines consacrés à ce sujet¹¹. Les Etats comme le Sénégal l'avaient consacré depuis 1972¹² aussi bien que le Togo en 1980¹³. En revanche, le Burkina¹⁴ et la Guinée¹⁵ ont préféré une législation unifiée s'appliquant à l'ensemble des citoyens.

Il est à remarqué que le pluralisme juridique malien se distingue de celui du Sénégal et du Togo. Le Code de la famille sénégalais pour la dévolution successorale prévoit deux corps de règles distincts : le droit commun et le droit musulman. Celui-ci s'applique aux personnes qui ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur

¹⁰ Cf. *supra*.

¹¹ La thèse de doctorat d'Amsatou SOW SIDIBE, précitée est éloquente en la matière ; G. A. KOUASSIGAN : *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, édit. A Pedone, Paris, 1974, 311 pages ; A. A. N'DIAYE, *Droit patrimonial de la famille au Mali, Régimes matrimoniaux et successions*, Tome II *Successions*, édit. Jamana 2008, 279 p.

¹² Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de famille au Sénégal. L'article 571 de ce Code qui constitue le fondement juridique de pluralisme sénégalais en matière successorale dispose : «Les dispositions du présent titre s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman».

¹³ Ordonnance n° 20-16 du 31 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille au Togo. Les articles 403 et 404 prévoient deux statuts successoraux : les règles établis dans le Code et la coutume des parties. L'article 403 dispose que : «La loi reconnaît en matière de succession la coutume du défunt et les dispositions du présent Code. Toutefois la coutume ne sera appliquée autant qu'elle est conforme aux droits humains et aux principes fondamentaux de la constitution.» L'article 404 règle l'option. Il prévoit en ses dispositions *in fine* qu'en absence d'option, les dispositions du présent Code s'appliquent de plein droit.

¹⁴ Zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille au Burkina Faso. Les successions sont réglementées par les articles 705 et suivants.

¹⁵ Les successions sont réglementées par les articles 460 et suivants du Code civil guinéen.

héritage dévolu selon les règles du droit musulman. Le Code togolais de la famille légalise la coutume du côté des règles établies par le Code ; lequel s'applique à défaut d'option¹⁶. En revanche, le pluralisme juridique choisi par le législateur malien légalise toutes les pratiques identitaires dans le domaine successoral au Mali peu importe leur conformité à la constitution. Cette mise en exergue desquelles pratiques est condamnable, car l'approche choisi ne s'accorde pas avec la nouvelle configuration de la société malienne¹⁷. Les pratiques coutumières locales en matière successorale demeurent non seulement mal connues dans leur majorité, mais également discriminatoires à l'égard de certaines catégories de personnes. Ces structures anciennes ne se justifient que dans leur contexte d'origine, par là ne s'appliquant que dans celui-ci. Le Mali depuis l'indépendance a marqué sa préférence des règles juridiques d'inspiration française. D'ailleurs, il n'a fait mieux que de reconduire le système juridique hérité de l'ex colonisateur. Mais un domaine comme la succession se caractérisait par un vide juridique jusqu'en 2011. Il a alors fallu vingt-cinq ans de travaux pour aboutir à l'adoption d'un Code successoral.

A l'évidence, on pouvait imaginer que les vingt-cinq années de travaux préparatoires du CPF devrait attester un travail mené avec toute la délicatesse possible ; des travaux prenant en charge l'objectif d'uniformisation des règles du droit successoral adapté à l'orientation de l'Etat de droit, facteur de développement social, économique et culturel. Malheureusement, ce véritable travail de fond mené pendant vingt-cinq ans s'est achevé dans un climat de pis-aller à cause de la formulation de l'article 751 du CPF et comme résultat un droit successoral optionnel (**I**) à double vitesse (**II**).

I - Le droit successoral malien : un droit optionnel

Le Code malien des successions¹⁸ reconnaît cinq statuts successoraux (**A**) permettant à chaque malien d'exprimer son choix (**B**).

¹⁶ Article 404 du Code togolais de la famille.

¹⁷ La République du Mali depuis 1960 s'est engagée résolument dans le dessein de garantir à l'ensemble des citoyens les droits fondamentaux. Le titre I de la constitution du 25 février 1999 illustre ce propos. L'article 1^{er} de cette constitution après avoir mis l'accent sur le caractère sacré et inviolable de la personne humaine, protège l'égalité et interdit toute sorte de discrimination à son article 3. Celui-ci dispose que : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée. »

¹⁸ Pour une commodité de langage, nous qualifions souvent ce livre VII du CPF de Code des successions du Mali.

A - La typologie des modes de dévolution successorale

Les successions *ab intestat* au Mali sont dévolues selon les règles du droit commun (1) qui ne s'appliquent qu'à défaut de religion, de coutume ou une volonté manifestée autrement. Ce sont là les autres statuts successoraux prévus par le CPF (2).

1 - Le droit commun des successions

Le droit commun des successions ou dévolution légale est réglementé par le livre VII¹⁹ du Code des personnes et de la famille. Ce livre est divisé en sept titres.

Le premier consacré aux dispositions générales, détermine les conditions d'application du Code. Il ne comporte qu'un seul article (article 751). Celui-ci constitue le fondement juridique du caractère optionnel du droit malien des successions.

Le titre II du livre VII du Code des personnes et de la famille comporte sept articles. Les conditions²⁰ et le lieu d'ouverture des successions sont précisés par l'article 752 du Code précité. L'article 753 institue une égalité successorale entre les parents du même degré. La situation des comourants est aussi prise en compte (article 754). La succession est dévolue aux parents et aux conjoints survivants (article 755). Ceux-ci sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du *de cuius*, mais à charge pour eux de s'acquitter des charges de la succession (article 756). Le défaut d'héritier emporte dévolution des biens du défunt à l'Etat. Le tribunal territorialement compétent²¹ est celui du lieu d'ouverture de la succession. Ce lieu est le

¹⁹ C'est le livre VII que nous qualifions souvent de Code des successions ou de droit successoral malien.

²⁰ La cause normale d'ouverture de la succession est la mort naturelle, viennent s'ajouter deux situations anormales : l'absent et le disparu. L'absent est défini par l'article 61 du Code des personnes et de la famille ainsi qu'il suit : « Lorsqu'une personne a cessé de paraître à son domicile et à sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de 3 ans... » Le tribunal peut constater la présomption d'absence au bout de 2 ans à compter du dépôt de la requête (article 66 du CPF). Si le présumé absent ne reparaît pas 3 ans après le jugement de présomption d'absence, la déclaration d'absence peut être prononcée, lorsqu'il sera écoulé 10 ans depuis le jugement de présomption d'absence (article 68 du Code précité). Le Code distingue deux situations s'agissant de l'absent : la présomption d'absence et la déclaration d'absence. Seule la personne dont la déclaration d'absence est prononcée entraîne l'ouverture de sa succession. Pour cela, il faut qu'il y a transcription de ce jugement. L'absence est réglementée à partir de l'article 61 à 75 du CPF). La disparition (article 76 à 83) est la personne qui a cessé de paraître à son domicile ou à sa résidence suite à des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, alors que son corps n'a pu être retrouvé.

²¹ Les litiges relatifs aux successions sont de la compétence des Tribunaux de droit commun (TPI et JPCE). En 2011 trois textes sont adoptés portant réforme de la justice au Mali. Ces textes

dernier domicile du *de cuius*. L'action en pétition d'hérédité se prescrit par vingt ans²².

Les sept articles du titre II du Code des personnes et de la famille organisent deux modèles successoraux concevables : le principe d'une succession publique et celui d'une succession privée²³. Le titre III définit les qualités requises pour pouvoir succéder. Dix articles sont consacrés à cette fin. Pour succéder au défunt, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession et ne pas être frappé d'une cause d'indignite²⁴ non pardonnée²⁵. L'indignité est de plein droit²⁶ ou facultative²⁷. L'enfant simplement conçu, à condition de naître viable, a qualité pour succéder²⁸. Aussi, le présumé absent peut succéder, contrairement de celui dont l'absence est déclarée²⁹. La qualité d'héritier s'établit par tous moyens³⁰. A noter également que si l'absent réapparaît, il recouvre sa qualité de susceptible pour agir en pétition d'hérédité dans un délai de vingt ans.

Le titre IV (34 articles) consacré aux héritiers est divisé en deux chapitres. précédés de deux articles (769 et 770), ces deux chapitres traitent respectivement les droits des parents en l'absence de conjoints successibles et les droits des conjoints successibles. Le chapitre premier du titre IV

sont : la loi n° 11 – 038 AN – RM du 15 juillet 2011 portant création des juridictions ; la loi n° 11 – 037 AN – RM du 15 juillet 2011 portant organisation des juridictions et le décret n° 11 – 580 AN – RM du 13 septembre 2011 fixant le ressort des juridictions et déterminant le parquet général d'attache des parquets des tribunaux de grande instance et des parquets des tribunaux d'instance. Il alors prévu la substitution des Tribunaux de première instance par les Tribunaux de grande instance et les Justices de paix à compétence étendue par les Tribunaux d'instance. Ces trois textes sont en vigueur mais ne sont pas encore effectifs.

²² L'article 758 du Code des personnes et de la famille fait un renvoi à l'article 254 de la loi n° 87-31 / AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations. Cet article dispose que : « Sauf dispositions contraires de la loi, le délai de la prescription extinctive de droit commun est de vingt ans. »

²³ Pour plus de détails sur les divers modèles successoraux concevables Voir M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 21 et s. Cet auteur définit la succession publique comme la dévolution des biens du défunt à la collectivité (l'Etat), tandis que la succession privée est celle dont les biens du *de cuius* sont dévolus à certains individus. Pour les justifications des successions publiques, privée et testamentaires lire les pages 22 à 53 du même ouvrage.

²⁴ L'indignite est traitée par les articles 763 à 768 du Code des personnes et de la famille.

²⁵ L'indigne peut être pardonné par une déclaration expresse de volonté du *de cuius* de son vivant en la forme testamentaire qu'il entend le maintenir dans ses droits héréditaires.

²⁶ L'article 763 du CPF.

²⁷ L'article 764 du CPF.

²⁸ Article 759 du CPF. Cet article a consacré l'adage énonçant que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt « *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* »

²⁹ La déclaration d'indignite est de la compétence du Tribunal.

³⁰ Article 762 du CPF.

comporte quatre sections. Celles-ci sont précédées de l'article 771 qui reconnaît non seulement la qualité de succéder à la filiation naturelle, mais aussi consacre les mêmes droits reconnus à la filiation légitime. La première section définit les ordres d'héritiers de l'article 772 à 778. La deuxième, les degrés (articles 779 à 783). La section troisième traite la division par branches paternelle et maternelle à partir de l'article 784 à 788. La dernière section est intitulée « de la représentation », règlementée par les articles 789 à 795. Le chapitre deuxième détermine les droits du conjoint successible. Celui-ci est appelé à la succession, soit seul, soit en concours avec les parents du défunt. Les articles 796 à 802 précise les différents droits reconnus au conjoint successible.

Le titre V est intitulé « des droits successoraux de l'Etat ». Les conditions dans lesquelles l'Etat est admis à succéder et la procédure lui permettant d'acquérir la succession sont déterminées par les articles 803 à 807 du Code des personnes et de la famille. L'Etat est héritier à défaut d'héritier régulier³¹. Il n'est tenu des dettes de la succession qu'à concurrence de l'actif recueilli dans la succession³². L'Etat dispose un droit d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Dans tous les cas, des formalités de publicité doivent être observées par l'administration des domaines, à défaut elle pourra être condamnée à des dommages et intérêts à l'égard des héritiers qui vont se manifester ultérieurement³³.

Le titre VI traitant l'option successorale, offre trois possibilités aux héritiers : l'acceptation ; la renonciation ; l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Ces trois options alternatives sont traitées respectivement par le chapitre I, II et III du titre VI. Les articles 808 à 816 sont consacrés à l'acceptation et les articles 817 à 825 à la renonciation aux successions ; tandis que le bénéfice d'inventaire, ses effets et les obligations de l'héritier bénéficiaire sont règlementés par les articles 826 à 844. Le dernier chapitre du titre VI détermine les successions vacantes des articles 845 à 848.

Le titre VII du livre VII consacré aux successions est intitulé du partage et des rapports. Il comporte cinq chapitres. Quatre vingt seize articles sont consacrés

à cet effet. Le chapitre premier est intitulé « de l'indivision et de l'action en partage ». Elles sont règlementées à partir de l'article 849 jusqu'à 894. Le chapitre deuxième porte le titre « des rapports, de l'imputation, et de la réduction des libéralités ». Vingt-sept articles donnent des détails de ce chapitre (articles 895 à 921). Le chapitre troisième traite le paiement des dettes (articles 922 à 934). Le chapitre quatrième « des effets du partage et de

³¹ Article 803 du CPF.

³² Article 804 du CPF.

³³ Article 807 du CPF.

la garantie des lots ». Les articles 935 à 938 sont consacrés à cette fin. Le dernier chapitre du dernier titre du livre consacré aux successions prévoit la rescission en matière de partage des successions. Les articles 939 à 944 déterminent les conditions et les effets de la rescission pour lésion en matière de partage des successions.

Les règles ci-dessus décrites contenues dans le livre VII du Code des personnes et de la famille, et qualifiées de droit commun des successions ne s'appliquent qu'à certaines conditions, parmi lesquelles, l'absence de religion établie du *de cuius*, de coutume ou encore de volonté exprimée autrement et de testament. Chacun de ces modes de dévolution constitue un statut successoral indépendant. Ils seront analysés sous l'intitulé les autres modes de dévolution.

2 - *Les autres modes de dévolution*

La lecture de l'article 751 ne laisse aucun doute notamment sur le caractère autonome du statut successoral de la religion, de la coutume ou encore de la volonté exprimée autrement et du testament.

- Les droits religieux

Les différentes religions pratiquées au Mali sont : l'islam, le christianisme et l'animisme. L'islam avec une estimation de 90 % de la population, occupe la première place. Le christianisme 5 %. L'animisme constitue le reste de la population. La population majoritaire étant de confession musulmane, il est alors judicieux de décrire les grandes lignes et orientations du droit musulman des successions, issu du Coran.

Les successions en droit musulman résultent d'une prescription coranique et la sainte Sunna³⁴. « Elles ne sont pas soumises à des principes généraux³⁵, ayant vocation à s'appliquer faute d'une solution précise prévue par la loi »³⁶. La qualité d'héritier est reconnue aux personnes qui satisferont les critères suivants : la parenté, le mariage, le droit de patronage. Ces personnes ne doivent pas être frappées d'une cause déshéritée qui sont : l'incroyance, l'homicide, l'esclavage, l'adultère et le désaveu de paternité. Dans tous les cas, l'ouverture d'une succession est conditionnée au décès de la personne et que l'héritier doit être vivant au jour du décès de la personne de laquelle il

³⁴ *Coran*, Les Femmes, IV.

³⁵ Pour une étude détaillée des principes généraux, Voir M. de BECHILLON, « La notion de principe général en droit privé », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 51 n° 1, janvier-mars 1999, p. 182-185.

³⁶ I. NAJJAR, « Les principes généraux du droit successoral comparé, qu'est ce qu'un principe général du droit successoral ? » Colloque des 4-5-6 octobre 2001 U.S.J., le 4 octobre 2001, p. 2.

hérite. Les droits religieux (musulman et chrétien) doivent être distingués des coutumes locales.

- Les droits coutumiers

Les différentes coutumes en vigueur au Mali règlementant les successions sont nombreuses à cause de la diversité des ethnies qui composent la société malienne. Autant elles sont nombreuses, autant elles sont complexes et difficiles à saisir. Les successions régies par le droit coutumier sont faites dans le dessein de sauvegarde des valeurs spirituelles, morales et sociales. La coutume quelle qu'elle soit, à condition d'être établie par écrit³⁷, par témoignage ou par commune renommée, constitue un statut successoral indépendant et autonome. Malheureusement, les tribunaux maliens font l'amalgame entre coutume des parties et droit religieux (islamique et chrétien)³⁸. Même la Cour suprême n'évite pas la confusion³⁹. En affirmant que la notion de coutume des parties s'entend de la tradition musulmane, chrétienne et non les coutumes particulières d'une région, d'une race, fraction, tribu ou famille, la Cour suprême du Mali s'est fourvoyée. Les juridictions maliennes utilisent et continuent d'utiliser l'expression « coutume musulmane ». Cette confusion est une méconnaissance certaine des sources du droit musulman aussi bien que la notion de coutume. En effet, il n'existe pas en droit islamique une coutume musulmane. Cette religion est régie par un droit, la « charia » qui a pour source le Coran et la sainte

³⁷ Aucune coutume locale n'est établie par écrit, il s'agit des pratiques orales se transmettant de génération en génération.

³⁸ Le constat peut être fait à travers différentes décisions exploitées. TPI CI, 27 juin 2008, jugement n° 398, N. B. c/ S. B. et autres. Dans une action en partage de succession, le juge affirme ceci : « Il y a lieu d'ordonner conformément à la coutume musulmane, la coutume des parties, le partage desdits biens... » Un autre jugement reprenne les mêmes termes : « Ordonne la liquidation et le partage de ladite masse successorale entre les héritiers... conformément à la coutume des parties notamment celle musulmane. » TPI CI, 27 janvier 2015, jugement n° 023, Y. D. c/ S. C. Dans le même sens voir TPI. CIV, 15 juin 2011, jugement n° 194, S.S c/ S.S et autres.

³⁹ CSM, Civ 1^{re}, 6 avril 1998, arrêt n° 69 Ibrahim Alabass c/ Farimata Mahamadou. En 2002, la Cour suprême est allée plus loin en affirmant dans cet arrêt CSM, Civ, 18 novembre 2002, arrêt n° 226, Kola Amadou c/ Bouréima GALO BAH que : « La notion de coutume des parties s'entend plutôt de savoir si les parties sont de tradition musulmane, chrétienne etc. et non les coutumes particulières d'une région, d'une race, fraction, tribu ou famille. » Cette décision de la Cour suprême est très surprenante. Elle constitue une méconnaissance, sinon une méprise certaine des différentes coutumes régiissant les différentes ethnies du Mali. Ce qui est encore choquant, la Cour suprême n'a jamais voulu donner la liste complète des « coutumes » qu'elle définit. Elle se contente de citer la tradition musulmane, chrétienne et termine par un etc. Cette jurisprudence qui reste applicable apporte la preuve évidente que le droit des successions au Mali est soumis à des règles connues et inconnues. Le juge suprême élargit tout simplement les frontières de la polémique.

Sunna⁴⁰. Il s'agit d'un droit écrit, tandis que la coutume résulte des pratiques répétées qui à un moment donné est considéré comme obligatoire par la société. La coutume des parties qu'elle soit discriminatoire ou anticonstitutionnelle ne mérite pas une telle dénaturation de la Cour suprême du Mali. De façon incontestable, la coutume des parties au Mali renvoie aux us locaux et varie en fonction des ethnies. L'absence de religion ou de coutume ouvre droit au *de cuius* de son vivant de manifester sa volonté pour un autre mode de dévolution.

- La volonté manifestée autrement

Les dispositions du CPF s'appliquent à toute personne : « ...qui, de son vivant, n'a pas manifesté par écrit ou par devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement ». S'agit-il de la dévolution testamentaire ou un statut successoral autonome ? Si ce statut successoral est identique au testament ne serait qu'une redondance. Mais l'est-il réellement identique ? Dans l'esprit du législateur, les deux statuts successoraux ne sont ni identiques ni complémentaires, ils sont indépendants l'un de l'autre. Ce constat résulte du fait que la volonté manifestée autrement figure expressément au côté de la succession *intestat*. Néanmoins, la confusion entre les deux modes de dévolution n'est-elle pas possible ? En effet, le testament n'est-il pas en soi une volonté exprimée autrement de voir son héritage dévolu en dehors des règles du droit commun ? Le testament a pour but d'écartier le droit commun des successions, tout comme le régime successoral de la volonté exprimée autrement semble-t-il. Cette dernière peut être exprimée devant témoins, forme exclue pour le testament. Il s'agit là d'une différence fondamentale entre testament et volonté exprimée autrement. Mais si la volonté est exprimée en la forme écrite respectant les exigences du testament, ne serait autre que le testament. La violation de ces conditions entraîne la nullité du testament ou sa réduction en concurrence avec la mesure compatible avec la réserve héréditaire.

La volonté manifestée autrement serait la possibilité reconnue à chaque malien de pouvoir opter un mode de dévolution autre que ceux prévus par le Code lorsque la personne n'a ni religion ni coutume. Dans le cas d'espèce, elle pourra solliciter l'application du Code, ce qui n'est pas interdit. Mais ce choix équivaut à l'absence de choix. Car les deux options aboutissent au même résultat. En effet, le Code s'applique en l'absence de religion ou de coutume du *de cuius*. L'existence de la religion ou de la coutume d'une personne écarte toute possibilité de choix. Dans de telles hypothèses, quel régime successoral le *de cuius* de son vivant pourrait-il alors choisir en dehors du Code ? Celui-ci pourrait solliciter l'application d'une loi étrangère

⁴⁰ Le droit musulman n'est pas un droit autochtone, mais un droit importé.

à sa succession, le Code civil français par exemple ou toute autre législation. Ce qui relève de l'exercice de l'option du statut successoral.

B - L'exercice de l'option du statut successoral

L'option d'un statut successoral est la faculté accordée aux Maliens de choisir l'un des modes de dévolution retenus par le Code des personnes et de la famille. Si le législateur prévoit quatre régimes successoraux distincts des successions *ab intestat* (droit commun, droit religieux, droit coutumier et une volonté exprimée autrement), certaines législations africaines n'ont retenu que deux (droit commun et droit musulman)⁴¹. D'autres ont préféré un texte unique applicable à l'ensemble de la population⁴². L'article 751 pose des conditions d'exercice de l'option du statut successoral (1) pour pouvoir produire des effets (2).

1 - Les conditions d'exercice de l'option

Le droit d'option de statut successoral constitue un prolongement des attributs du droit de propriété, mais aussi celui de la liberté de conscience. Il s'agit de la manifestation d'une des prérogatives reconnues au propriétaire, le droit de disposition. La succession n'est qu'une technique de survie du droit *d'abusus* au moment où le propriétaire ne vit plus, lui permettant de déterminer le sort de ses biens. Vue sous cet angle, l'exercice du droit d'option est un droit fondamental, reconnu à toute personne. En tant que droit fondamental, son exercice est assujetti à des conditions.

La détermination des conditions d'exercice du droit d'option est tributaire de celle de sa nature juridique. Certains doctrinaires voient l'option successorale comme un engagement unilatéral de volonté⁴³. Il s'agit là d'une position satisfaisante dont il faudrait en tenir compte. En effet, il y a engagement unilatéral de volonté, affirme l'article 110 du régime général des obligations (RGO) du Mali, lorsqu'une personne se trouve engagée vis-à-vis d'un tiers par la seule manifestation de sa volonté, indépendamment de l'acceptation de ce dernier⁴⁴. L'engagement par manifestation unilatérale de volonté dans le contexte de l'option successorale exige des conditions de

⁴¹ Voir l'article 571 du Code de la famille du Sénégal qui dispose que : « Les dispositions du présent titre s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman.»

⁴² C'est le cas de la législation du Burkina Faso où il n'existe pas de pluralisme juridique en matière successorale.

⁴³ Amsatou SOW SIDIBE, *op. cit*, p. 197.

⁴⁴ Article 110 de la loi n° 87-31 / AN-RM du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations au Mali.

fond et de forme. Lesquelles conditions renvoient à celles exigées pour la validité des contrats⁴⁵. Cela suppose que les personnes frappées d'incapacité doivent être assistées pour la validité de leur engagement. C'est le cas du mineur ou du majeur incapable. Néanmoins, il est opportun d'approfondir la réflexion autour du cas malien.

Il semble que le législateur ait voulu hiérarchiser les différents modes de dévolution. Ceci résulte de la lecture attentive et de l'analyse approfondie de l'article 751 du CPF. Celui-ci distingue clairement les successions *ab intestat* des successions *intestat*. Les premières sont composées de quatre statuts successoraux que sont : le droit commun, la religion, la coutume et la volonté exprimée autrement. De façon globale, le législateur retient cinq modes de dévolution. L'article 751, précité, après avoir rappelé les trois modes de dévolution (droit religieux, droit coutumier et droit commun), assujettit l'application des règles du Code à l'absence de religion, de coutume ou encore de volonté contraire et de testament du *de cuius*. L'analyse minutieuse permet de dégager une sorte d'hiérarchie entre les modes de dévolution retenus. Ce qui aboutit au classement suivant : le droit religieux, celui-ci s'applique à condition qu'il soit établi par écrit par témoignage ou par commune renommée⁴⁶ ; à défaut de la religion, le droit coutumier s'applique dans les mêmes conditions que le premier ; enfin à défaut de la religion et de la coutume, le *de cuius* de son vivant pourra manifester sa volonté de voir son héritage dévolu autrement. Cette volonté contraire est un statut successoral à part entière. Elle peut être manifestée en faveur de l'application du droit commun ou toute autre chose. Toutefois, cette forme de dévolution successorale demeure ambiguë de tous les autres statuts successoraux prévus par le législateur.

L'option du régime successoral est un droit fondamental de contenu restreint. Elle ne se manifeste que lorsque l'optant n'a ni religion, ni coutume. La volonté du *de cuius* est inopérante dans l'hypothèse où il peut

⁴⁵ L'article 111 du RGO dispose que : « La manifestation de volonté qui fait naître l'obligation doit être expresse, exprimée sans ambiguïté et satisfaire aux conditions de fond et de forme exigées pour la validité des contrats. »

⁴⁶ Ce qui semble être confirmé par plusieurs décisions rendues en application du CPF. C'est le cas notamment : TPI CI, 27 janvier 2015, décision précitée. Elle affirme que : « Attendu que qu'aux termes de l'article 751 de la loi n° 2011-087 AN-RM du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille, l'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux. » Le juge se contente de citer uniquement l'article 751 *in limine* sans donner une justification de son choix en faveur de la religion musulmane. Cette attitude même si elle peut être critiquée, elle peut aussi se justifier dans la mesure où lorsque les parties demandent l'application du droit musulman et qu'il y n'a point de contestations d'un des héritiers au sujet du droit applicable, il y a aucun intérêt à pouvoir justifier le choix en faveur de cette religion. Car il s'agit d'appliquer la volonté unanime des parties.

être établie sa religion ou sa coutume. L’application des règles religieuses est automatique, à défaut la coutume du *de cuius* sera appliquée à sa situation. Si le droit malien impose de prime abord un statut successoral, on retrouve l’exemple inverse en droit sénégalais des successions. Celui-ci ayant prévu deux régimes successoraux (droit commun et droit musulman), offre la possibilité à chaque citoyen sénégalais d’opter pour le droit musulman, à défaut d’option, il se verra appliquer le droit commun des successions. Ainsi le professeur Amsatou Sow définit l’option de statut successoral dans le contexte sénégalais comme étant « une faculté offerte à tout Sénégalais, quelles que soient ses conceptions philosophiques et religieuses. Lorsqu’elle se manifeste à travers le comportement, elle doit être déterminée à partir d’un certain nombre d’indices marquant une volonté réelle »⁴⁷. Au Sénégal, l’option en faveur du droit musulman peut être expresse ou résulté du « comportement du *de cuius*⁴⁸ » de son vivant. Quant au Code togolais de la famille, il légitime la coutume au côté des règles établies dans le Code. Les Togolais qui désirent régler leurs successions par la coutume doivent manifester leur volonté dans une forme authentique (par testament ou devant l’officier d’état civil)⁴⁹.

Au Mali, l’option n’est possible pour une personne que si elle n’a ni religion, ni coutume. Il s’agit là d’une particularité du pluralisme juridique des successions au Mali. S’agissant de la forme que doit revêtir l’option, elle peut être écrite ou orale. Sur ce point, le législateur malien se montre particulièrement libéral. Cependant la question est de savoir si le caractère oral de l’option permet d’assurer une sécurité ? Le témoignage admis en la matière comporte des risques sur le plan de la sécurité juridique. Le risque apparaît sur la véracité des déclarations des témoins, surtout lorsque ceux-ci ont intérêt dans la succession du défunt. Il y a également lieu de préciser que la loi ne détermine pas le nombre des témoins. Néanmoins, l’utilisation du pluriel prouve qu’il faut au minimum deux personnes. La loi malienne se distingue du Code togolais qui n’admet que la forme authentique de la manifestation de volonté. De toute évidence, l’option exercée dans des conditions prévues par le CPF produit des effets juridiques.

2 - *Les effets juridiques de l’option*

Pour mieux déterminer les effets juridiques de l’option, deux périodes doivent être distinguées : le sort de l’option avant le décès de l’optant et après le décès de celui-ci.

⁴⁷ A. SIDIBE, *op. cit.* p. 213.

⁴⁸ V Affaire Babacar Diop, arrêt précité.

⁴⁹ Articles 403 et 404 du Code togolais de la famille.

- Les effets de l'option avant le décès

Il est à signaler au préalable que l'option est possible pour les personnes qui n'ont ni religion, ni coutume pouvant s'appliquer à leurs successions. A l'inverse, l'application de la religion ou de la coutume est automatique. Aucune volonté contraire ne pourra déroger lorsque la religion ou la coutume est établie par écrit, par témoignage ou par commune renommée. En effet, lorsque l'option est possible, et dans l'hypothèse où la personne opte, elle pourra à tout moment révoquer son option avant son décès. La question est alors de savoir comment doit revêtir la forme de la révocation de l'option. Doit-elle être identique à la forme de l'option ? L'hypothèse est la suivante : une personne ayant manifesté sa volonté devant témoins de voir son héritage dévolu autrement, selon une loi qu'elle précise. Lorsque cette personne de son vivant désire révoquer son option, doit-elle la faire devant les mêmes témoins qui avaient préalablement reçu sa déclaration. La loi reste silencieuse sur la question. La jurisprudence également n'a pas encore saisi la question. Ce double silence ouvre le chemin de la spéculation. En effet, trancher en faveur de l'exigence de la « forme de l'option du statut successoral identique à celle de la révocation de ce statut » présente des risques. Souvent cette exigence devient matériellement impossible : c'est le cas lorsqu'un des témoins décède. La loi devrait prévoir la forme authentique pour la révocation dans le but d'éviter les conflits de preuve, aussi bien que la forme de l'option pour plus de sécurité juridique. Telle a été l'option du législateur togolais.

Lorsque les conditions de l'option du régime successoral sont réunies, elle devient un droit. En exerçant ce droit, l'optant peut rétracter son option à tout moment. Aucune obligation juridique ne s'impose à lui de maintenir sa décision. En même temps qu'il peut rétracter son option, il pourra dans les mêmes conditions la substituer à une autre. L'optant ne peut pas non plus engager sa responsabilité pour avoir choisi un statut successoral. Même si ce dernier porte atteinte aux intérêts d'un héritier. Au moment où l'optant ne vit plus, des effets juridiques s'attachent à sa décision.

- Les effets juridiques de l'option après le décès

Le décès de l'optant rend sa décision irrévocable. Cette irrévocabilité s'applique aux parties et au juge. Ainsi, le choix fait par le *de cuius* s'impose aux héritiers. Ceux-ci seront régis par le statut successoral choisi par le *de cuius*. Mais les héritiers disposent au préalable d'un droit d'option prévu par les articles 808 à 844 du Code des personnes et de la famille. Ces articles prévoient trois options pour chaque héritier. Celui-ci pourra accepter la succession purement et simplement⁵⁰ soit sous bénéfice d'inventaire⁵¹ ou

⁵⁰ Articles 808 à 816 du CPF.

renoncer à la succession⁵². Dans ce dernier cas, la renonciation de l'héritier entraîne l'exclusion de ses enfants. C'est ce qui dispose l'alinéa 1^{er} de l'article 820 du CPF en ces termes : « On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé. » L'exception admise c'est lorsque le renonçant est seul héritier de son degré, ou si tous ses cohéritiers renoncent. Dans l'un et l'autre cas, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête⁵³. Aussi, les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession seront déchus de la faculté d'y renoncer⁵⁴.

Les héritiers ainsi déterminés qu'ils soient les enfants suppléants à leur auteur renonçant, les héritiers receleurs ou encore ceux qui auront accepté purement et simplement la succession, se voient appliquer le statut successoral choisi par le *de cuius*. Les héritiers ne pourront rien changer quant au contenu du statut successoral choisi par le *de cuius*. Cependant, une hypothèse de nullité du statut est envisageable, si les conditions d'option n'ont pas été respectées. Il en sera de même lorsque l'option était faite en faveur de la dévolution testamentaire⁵⁵. La décision d'annulation ne doit être que judiciaire. Cette annulation du testament entraîne normalement l'application de la religion du *de cuius* pour la dévolution de sa succession.

Le choix s'impose également au juge qui ne pourra pas choisir un statut successoral autre que celui choisi par le *de cuius*. Le dernier alinéa de l'article 751 du CPF exclut toute possibilité de déroger aux règles du mode de dévolution successorale retenu. Cette exigence entraîne une double conséquence :

- d'une part, le juge, après avoir rendu le jugement d'hérédité doit renvoyer les parties à la religion du *de cuius* qu'il détermine pour le partage successoral. Pour ce faire, il doit motiver sa décision du choix de la religion du *de cuius*. A défaut de pouvoir déterminer avec certitude la religion du défunt, il pourra recourir à la coutume de celui-ci. Si la religion et la coutume ne peuvent être établies, et à défaut de volonté exprimée du *de cuius*, le juge déclare applicable le droit commun des successions⁵⁶ ;

- d'autre part, le juge ne pourra en aucune manière renverser l'ordre des statuts successoraux qui se présente comme suit : la religion, la coutume, la volonté, le droit commun.

⁵¹ Articles 825 à 844 du CPF.

⁵² Articles 817 à 825 du CPF.

⁵³ Article 820 al. 2 du CPF.

⁵⁴ Article 825 al. 1^{er} du CPF.

⁵⁵ CSM, Civ. 2^{ème}, 17 décembre 2007, arrêt n° 286.

⁵⁶ Pour l'instant depuis l'adoption du Code des personnes et de la famille en 2011, le juge n'a jamais fait cas de l'application du droit commun des successions.

Néanmoins, le juge pourra écarter l'application du statut successoral choisi par le *de cuius* en cas de contestation reconnue fondée. Ces contestations peuvent porter sur la déclaration des témoins ou encore sur l'écrit certifiant l'expression de la volonté du *de cuius*. L'annulation du régime successoral choisi dans ce cas entraîne l'application de sa religion du droit commun des successions, car c'est du fait de l'inexistence de la religion et de la coutume que l'expression de la volonté est possible. L'appréciation de la volonté réelle du *de cuius* est une question de fait souverainement appréciée par les juges du fond et doit être contrôlée par la Cour suprême. Le droit successoral malien soulève plus de questions qu'il n'apporte de réponses. En attendant la position du juge sur ces questions, l'incertitude continuera de régner et le droit successoral malien continue à être un droit à double vitesse.

II - Le droit successoral malien : un droit à double vitesse

La culture de la diversité est acceptable à condition qu'elle soit conforme aux exigences de l'Etat de droit. Le Code des personnes et de la famille en instituant un pluralisme juridique devrait s'accommoder avec les principes cardinaux de l'Etat de droit. Malheureusement, la codification des règles successorales⁵⁷ s'inscrit dans une posture de révolution juridiquement impossible (A) à cause de l'insécurité juridique qu'elle instaure (B).

A - Un droit aspirant à une révolution juridiquement impossible

La codification des règles successorales est une première au Mali en même temps que le pluralisme juridique. Cette codification est une prouesse législative. A côté d'un droit commun, le Code fait un renvoi à la religion, à la coutume ou encore à la volonté exprimée autrement qui deviennent une loi législative. La réglementation d'un droit commun successoral est une victoire tant qu'il contient des innovations compatibles avec les concepts fondamentaux de l'Etat de droit. Malheureusement ce droit commun ne peut s'appliquer que si la religion ou la coutume du *de cuius* ne peut être établie et que celui-ci n'a pas exprimé autrement sa volonté. L'applicabilité difficile du droit commun des successions (1) due à l'imposition du statut successoral ôte le caractère révolutionnaire au Code des personnes et de la famille (2).

⁵⁷ La codification des règles successorales est une réussite, si l'on se place du point de vue purement formelle, car pour la première fois le législateur malien réussit à regrouper les règles relatives à la dévolution successorale dans un même Code depuis plus de cinquante ans de souveraineté. Ce qui est une victoire en soi.

1 - Une applicabilité difficile du droit commun des successions

La matière successorale restait l'une des rares matières⁵⁸ qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une réglementation par le législateur malien depuis 1960⁵⁹, date de l'indépendance. Ce retard peut s'expliquer par deux raisons essentielles : d'une part, la prudence d'une législation hâtive dont le législateur avait voulu se garder ; d'autre part le caractère très sensible de la matière car fortement liée aux aspects religieux et culturels⁶⁰. Car « la famille est tout aussi bien un phénomène de moeurs qu'un phénomène de droit »⁶¹. Dans sa tâche de codification des règles successorales, le législateur malien bénéficiait alors d'un avantage non négligeable. Avantage relatif justement au retard accusé car, avant 2011 plusieurs Etats africains avaient déjà légiféré dans ce domaine⁶². Ainsi, les différentes réglementations lui servaient de repère. Ce constat pourrait être fait à travers les références des droits fondamentaux dans le Code des successions. Ces innovations apportées ne sont que des lueurs d'espoir car l'article 751 constitue une difficulté

⁵⁸ Les matières qui étaient réglementées sont : la loi n° 62-17 / AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle ; l'ordonnance n° 26 du 10 mars complétant la loi n° 62-17 / AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle ; l'ordonnance n° 73-036 du 31 juillet 1973 portant Code de la parenté, la loi n° 89-06 / AN-RM du 18 janvier 1989 relative au changement de nom de famille ; la loi n° 06-024 / AN-RM du 28 juin 2006 régissant l'état civil et la loi n° 62-18 / AN-RM du 3 février 1962 portant Code de la nationalité modifiée par la loi n° 95-70 / AN-RM du 25 août 1995.

⁵⁹ A l'instar des autres Etats africains, le Mali avait subi la colonisation à un moment donné de son histoire. Pendant la domination coloniale, deux catégories distinctes de règles régissaient la population. D'une part, les non indigènes et ceux qui avaient acquis le statut de citoyens français étaient soumis au droit français ; d'autre part, la population autochtone demeurait régie par les coutumes locales. Dès les premières ères de son indépendance, la nécessité de se doter des instruments juridiques fondamentaux permettant d'assurer son organisation et son fonctionnement se posait avec acuité à la jeune République du Mali. Mais malgré les efforts du législateur, toutes les matières n'avaient pas pu être codifiées. Celui-ci se contentait d'un renvoi au Code civil français pour les matières non légiférées. C'est ainsi que l'article 231 de l'ancien Code de procédure civile, commerciale et sociale prévoyait qu' : « en attendant la promulgation du Code civil malien, les règles relatives aux successions, donations ; aux rapports des époux, à l'exercice de leurs droits et de ceux des mineurs, demeurent applicables devant les juridictions visées dans le présent Code ». C'est le cas également du droit de propriété du Code civil français qui reste applicable au Mali dans son volet relatif à cette matière.

⁶⁰ Néanmoins, le caractère sensible d'une matière et le risque d'une législation hâtive ne justifient nullement ce retard de soixante ans.

⁶¹ N.-C. NDOKO, « Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 43 n° 1, janvier-mars 1991. p. 87-104, p. 97.

⁶² Pour le Sénégal, la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille ; pour le Burkina, voir le zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille au Burkina Faso ; la République démocratique du Congo, la loi n° 87.010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

d’application du régime successoral de droit commun, favorable au respect des règles universellement acceptées.

Le régime successoral de droit commun des successions constituait une avancée indiscutable sur le plan juridique, social et économique. En effet, la codification des règles successorales est une victoire en soi, compte tenu de l’importance de la matière et les résistances farouches qu’elle avait subies. De l’indépendance à 2011 plusieurs tentatives de codification ont échoué⁶³. Les principales raisons de cet échec sont effectivement liées à la diversité culturelle. Finalement, le 2 décembre 2011 l’Assemblée nationale votait ce Code qui est entré en vigueur le 30 décembre 2011. Celui-ci rassemble désormais les différentes règles relatives à la dévolution successorale. Ce Code apporte des nouveautés dans le paysage successoral. Les principales innovations concernent la garantie de l’égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels⁶⁴. Le traitement égalitaire entre garçon et fille. La reconnaissance des droits au conjoint survivant, surtout la veuve. Celle-ci voit sa condition améliorée et, selon les situations, dispose un droit d’usufruit partiel ou total sur les biens de la succession, recueille le quart ou l’intégralité de la succession. Il lui est reconnu dans tous les cas un droit d’occupation de l’immeuble habité au moment de l’ouverture de la succession. Elle bénéficie également une attribution préférentielle de l’exploitation agricole, du local à usage professionnel.

Toujours au rang des innovations, le Code règle le testament et institue différentes formes. Les libéralités et les donations sont réductibles dans la mesure incompatible avec la réserve héréditaire. Autant d’innovations apportées par le Code des personnes et de la famille et qui sont compatibles avec les instruments internationaux ratifiés par le Mali⁶⁵. Gages du respect des droits fondamentaux, lesdites innovations constituent une avancée majeure dans le droit de la famille⁶⁶. Ces avancées significatives devraient normalement combler le déficit de règlementation du droit de la famille au Mali. Malheureusement, l’article 751 du même Code constitue une entorse à l’application du droit commun des successions.

⁶³ V partie introductive, p. 1.

⁶⁴ La suppression de l’inégalité entre enfants naturels et enfants légitimes est qualifiée de véritable révolution par certains. V. M. GUISSE, *op. cit.*, p. 346.

⁶⁵ Il s’agit de la déclaration universelle des droits de l’homme, du pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la charte africaine des droits de l’homme et des peuples, de la convention des Nations unies pour l’élimination de toutes formes de discrimination à l’égard de la femme, etc.

⁶⁶ Les différentes innovations ne doivent pas aussi calfeutrer certaines réalités du Code qui constituent un recul. V M. GUISSE, *op. cit.*, p. 345 à 364.

La codification des règles successorales est une chose, mais l'application de ces règles en est une autre. Il est constant que le législateur du CPF a écarté toute possibilité de choix lorsque la religion ou la coutume est établie dans les formes prescrites par le Code. L'article 751 du CPF par sa formulation exclut *ipso facto* la plupart des Maliens du bénéfice du régime de droit commun des successions au profit des religions et des coutumes. Cette exclusion est certainement liée à la composition particulière de la population malienne. Deux constats illustrent ce propos. D'une part, « les dispositions du présent livre s'appliquent à toute personne, affirme l'article 751, « dont la religion... n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée... ». La population malienne qui est composée de 90 % des personnes de confession musulmane se voit appliquer les règles établies dans le Coran. De ce fait, elles ne seront pas concernées par les règles successorales de droit commun prévues par le législateur. D'autre part, l'animisme qui renvoie à la religion locale est régie par le droit coutumier. Cette couche sociale représente 5 % de la population malienne et se voit appliquer le droit coutumier pour la dévolution successorale. L'article 751 les exclut par la formule suivante : « les dispositions du Code s'appliquent à toute personne : -dont... la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée... ». Mathématiquement, 95 % de la population malienne se trouve exclue de l'application du droit commun des successions. Si celui-ci peut être considéré comme révolutionnaire car contenant des innovations majeures conforme aux principes fondamentaux de l'Etat de droit, l'exclusion de 95 % de la population de son domaine d'application lui ôte ce caractère révolutionnaire.

Le Code ne concerne probablement que les 5 % de la population malienne qui représentent les personnes de confession chrétienne. Pour régler les successions de celles-ci, le Code de droit canonique renvoie à la loi de l'Etat dans lequel se trouve le *de cuius*. Le Code ne s'applique qu'à défaut de religion ou de coutume établie. C'est à défaut de religion et de coutume que le *de cuius* de son vivant pourra finalement choisir un autre mode de dévolution qui peut être les règles du Code ou tout autre mode de dévolution. Ainsi, le choix n'est libre que dans ces conditions. Finalement, un tel choix est enfermé dans une sorte de carcan, car nul ne peut déroger au mode de dévolution retenu.

2 - Un choix limité du statut successoral

L'article 751 précité, de façon évidente, laisse peu de place aux Maliens de choisir le statut successoral qui leur convient. Lequel statut s'impose d'ailleurs dans la plupart des cas. La volonté n'a aucune valeur juridique au cas où l'optant a une religion ou une coutume établie dans les formes prescrites par le CPF. L'application de la religion ou de la coutume du *de*

cujus est automatique dans cette condition. La question que l'on peut se poser est de savoir si ; en l'absence de religion ou de coutume, le *de cuius* de son vivant pourra choisir la religion ou la coutume d'autrui ? En d'autres termes celui qui n'a ni religion, ni coutume établie pourra-t-il en choisir une ? La réponse est affirmative. C'est à ce niveau que la volonté manifestée autrement en tant que statut successoral autonome présente un intérêt. A défaut de religion ou de coutume établie une personne pourra manifester sa volonté par écrit ou par devant témoins afin de voir sa succession dévolue autrement. Dans cette condition, cette personne pourra choisir le Code, ce qui n'est d'ailleurs pas interdit. Mais, si son choix est porté sur le Code, cela équivaudrait à une absence de choix. Dans les deux cas, le résultat sera le même : l'application du Code. Le législateur impose l'application du droit religieux, à défaut le droit coutumier, c'est à défaut des deux précédents qu'il ouvre la possibilité de choix. Lequel choix pourra être une législation étrangère. Ce qui ne va sans poser d'autres difficultés. Bref, le droit malien des successions constitue un fourretout, acceptant des règles compatibles ou non avec les principes de l'Etat de droit. Les différentes religions et coutumes en vigueur au Mali acquièrent une valeur législative par le système du renvoi législatif.

Pourtant, force est de constater que la loi n° 09-038 / AN-RM du 3 août 2009 portant Code des personnes et de la famille qui avait fait l'objet d'une relecture par l'Assemblée Nationale et qui avait abouti à l'adoption de la loi n° 11-087 / AN-RM du 30 décembre 2011 était plus claire dans sa formulation. En effet, elle dispose en son article 748 que : « Les dispositions du présent livre règlent la succession de toute personne à l'exception de :

- celle qui, de son vivant, a expressément manifesté sa volonté, par écrit ou par devant témoins, de voir son héritage dévolu autrement, notamment selon les règles d'un droit religieux ou coutumier ;

- celle qui, de son vivant, a disposé par testament de tout ou partie de ses biens, sauf la mesure compatible avec la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant. »

En faisant un rapprochement avec l'article 751 du CPF, on constate que celui-ci impose la religion et la coutume en tant que mode de dévolution, tandis que l'article 748 de la loi n° 09-38 impose au *de cuius* de son vivant de faire son choix entre la religion, la coutume et le testament. A défaut d'option par celui-ci, le droit commun s'applique. Mais dans la nouvelle formulation (CPF en vigueur), c'est plutôt le défaut de religion, de coutume, de volonté contraire et de testament que le Code s'applique. Par une telle formulation, ce Code légalise toutes les pratiques identitaires compatibles ou non avec la Constitution.

Les pratiques identitaires, inadaptées ou inconciliables avec les principes fondamentaux de l'Etat de droit doivent être purement et simplement

abrogées dans un Etat soucieux de la promotion et de la protection des droits fondamentaux universellement proclamés. Le législateur de 1962 l'avait fait au sujet du mariage. Le Code du mariage et de la tutelle prévoit en son article 45 alinéa 5 que : « Les époux ne peuvent stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes ou statuts locaux qui régissaient les diverses ethnies maliennes et qui sont abrogées par le présent Code »⁶⁷. Cet exemple devrait aussi être suivi par le législateur du Code des personnes et de la famille dans le domaine des successions. Les pratiques coutumières voire religieuses en matière successorale se fondent essentiellement sur des rapports de subordination. Il s'agit là d'une rupture d'égalité entre époux et entre descendants. En effet, la légalisation des pratiques identitaires aboutit nécessairement à une remise en cause du principe d'égalité, proclamé par la constitution du 25 février 1992⁶⁸. Le caractère révolutionnaire du Code s'estompe devant la légalisation des règles qui ne sont pas gages du respect des droits fondamentaux.

Il est impossible de faire l'inventaire de toutes les coutumes et religions en vigueur au Mali contenant des dispositions incompatibles avec les exigences de l'Etat de droit. Néanmoins quelques illustrations pourront être faites à partir des coutumes bambara, malinké, sénoufo, bobo, dogon et bozo. Dans la société bambara, au décès du chef de famille, tous les biens forment une sorte d'indivision et transmis en principe au fils ainé. Cependant, la coutume bambara n'exclut pas la possibilité pour chaque individu d'acquérir des biens propres. La dévolution se fait dans l'ordre suivant : l'ainé des fils ; à défaut de fils les collatéraux mâles ; à défaut de collatéraux les descendants ; à défaut des descendants le conjoint survivant ; à défaut de conjoint survivant il y a déshérence.

Les femmes faisant partie du patrimoine, reviennent de droit aux héritiers qui peuvent les épouser ou les garder lorsqu'elles sont vieilles. La femme bambara, être humain à part entière, peut acquérir des biens grâce aux cadeaux et aux petites activités génératrices de revenus. Ceux-ci peuvent être plus ou moins conséquents. Au décès de la femme, ses biens seront administrés par le mari pour le compte des enfants. Les fils pourront s'en servir pour payer la dot de leurs futures épouses. Les filles, par contre, n'héritent que des ustensiles de cuisine et des vêtements de leur mère défunte. L'ordre des héritiers dans la dévolution successorale d'une femme

⁶⁷ L'article 45 al. 5 de la loi n° 62-17 / AN-RM du 3 février 1962 portant Code de mariage et de la tutelle.

⁶⁸ La constitution malienne du 25 février 1992 dispose en son article 2 : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée. »

est la suivante : les filles pour les biens matériels ; les femmes de ses fils ; le veuf et ses enfants masculins pour les animaux et objets de valeurs.

La première fille prime sur toutes les autres. Elle partage les biens entre ses sœurs et ses belles sœurs (femmes de ses frères). Certaines marmites et canaris sont remis aux belles sœurs. Il s'agit d'une libéralité qui leur est consentie par les filles. Si les frères ne sont pas mariés, la première fille doit prendre soin des biens réservés aux futures épouses de ses frères jusqu'à leur mariage. Mais au cas où les frères sont encore mineurs ou si la défunte n'a pas d'enfant masculin, la première fille garde ces biens.

En faisant un rapprochement de la coutume bambara avec celles des malinkés, sénoufos, bobos, Sénoufos, quelques points communs apparaissent. La plupart de ces ethnies ci-dessus citées institue une inégalité de part successorale selon que le successible est un garçon ou une fille⁶⁹. Certaines coutumes considèrent même la femme comme objet de succession. C'est le cas des coutumes bambara, malinké, senoufo, Miniaka et bobo⁷⁰. La femme se voit refuser l'acquisition des biens successoraux. Même si elle laisse des biens conséquents, ses filles n'acquièrent pas en principe les objets de valeurs. La fille du *de cuius* n'hérite pas de son père en présence des descendants de sexe masculin.

Dans le contexte des coutumes locales, les successions sont organisées pour satisfaire les intérêts de la collectivité et non l'intérêt personnel. C'est ce qui explique du moins que les biens formant une indivision soient transmis à l'ainé des fils du *de cuius* chez les bambaras. L'ainé est alors un administrateur des biens au nom de la collectivité (famille). La coutume successorale bambara est discriminatoire à l'égard de la femme. Cette situation s'explique mais ne se justifie guère à l'heure actuelle. Deux principales raisons expliquent cette discrimination à l'égard de la femme. La première est relative au statut de la femme qui doit partir de la famille de son père pour celle de son mari. Lui accorder les mêmes droits dans les successions de son père que les garçons risque de déséquilibrer la balance. Cette justification n'est pas décisive car sa situation serait quasiment les mêmes dans sa famille paternelle et chez son mari. La deuxième raison est tirée du fait que la dot provenait du patrimoine familial, fruit du travail de toute la communauté. Celle-ci accepte difficilement que la veuve sorte de la famille, car étant un élément du patrimoine familial. Ceci est une justification du lévirat en milieu bambara. La pratique du lévirat faisait économie pour dépenser une autre fortune pour une autre femme. Il visait également à

⁶⁹ Pour plus de détails sur l'égalité en droit de la famille, voir pour le cas camerounais, T. ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 3 2006, p. 833-858.

⁷⁰ A. A. N'DIAYE, *op. cit.* p. 56 et s.

assurer la pérennisation de la prise en charge sociale et psychologique des enfants du défunt.

La discrimination faite à la femme ne saurait se justifier dans une société où l'égalité de tous les êtres humains est proclamée avec force et constitue un principe intangible. Au-delà de l'égalité protégée, l'affirmation de la propriété individuelle comme modèle laisse peu de place à la propriété collective. Cette dernière continue d'ailleurs à asphyxier la première. Ce modèle d'organisation et de répartition des richesses dans la société milite en faveur de l'abrogation d'une telle coutume, qui constitue pourtant un statut successoral autonome selon l'article 751 du CPF. Le législateur ayant procédé à l'identification des différentes coutumes existantes en matière successorale⁷¹ a fini par les reconduire toutes, créant ainsi un conflit normatif engendrant l'insécurité juridique.

B - Un droit instituant une insécurité juridique

La garantie des droits fondamentaux des citoyens s'étend au-delà de la simple inscription dans les lois et Codes, encore faudrait-il que ces instruments juridiques soient organisés de manière cohérente : il faut une hiérarchisation des normes juridiques. Celle-ci est une condition de garantie de la cohérence juridique. Le système de hiérarchie des règles exige que celles qui sont de rang inférieur soient conformes à celles qui ont une valeur supérieure. La violation du principe de la hiérarchie des normes est au prix de l'insécurité juridique. Le Code des personnes et de la famille en fournit l'exemple dans la mesure où, il édicte ou renvoie à des normes qui sont d'essence anticonstitutionnelles.

I - L'inconstitutionnalité et le conflit normatif créés par le Code successoral

Le Code des personnes et de la famille qui renvoie à des règles comportant des inégalités de traitement est la chose la plus paradoxale qui puisse exister dans un système juridique comme celui du Mali. Pourtant, c'est cette option qu'a préférée le législateur malien du CPF. En règle générale, dans la hiérarchie des normes juridiques, la constitution se trouve au-dessus des autres règles, qu'elles soient d'origine internationale, régionale ou nationale. Les textes internationaux et régionaux ont une valeur supérieure aux mesures législatives⁷². Celles-ci se placent au-dessus des

⁷¹ Cf. l'intervention du chef de l'Etat Amadou Toumani Touré sur le Code des personnes et de la famille, *Journal Essor* n° 16515 du 27 août 2009.

⁷² L'article 116 de la constitution du 25 février 1992 dispose que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie. »

règlements et les règlements priment la coutume, la jurisprudence et la doctrine. L'une des conséquences de cette hiérarchisation est de permettre d'écartier des normes inférieures incompatibles avec la norme supérieure. La mise à l'écart des normes inférieures se justifie légitimement si l'on considère les procédures d'adoption des différentes règles. La constitution adoptée par référendum est l'expression directe du peuple, les lois législatives, expressions indirectes du peuple. Il est tout à fait légitime que les règles inférieures soient écartées au profit des normes supérieures. C'est dans cet ordre d'idées que les coutumes et les règles issues du Coran doivent aussi être écartées au profit des lois législatives qui occupent un rang inférieur. Curieusement, le législateur du Code des personnes et de la famille inverse les rangs entre loi législative et coutume. Le droit commun des successions ne s'applique qu'à défaut de religion ou de coutume établie par écrit, par témoignage, par vécu ou par commune renommée. La religion et la coutume présentent une valeur supérieure à la loi, selon le législateur de 2011. Aussi, entre religion et coutume, la première prime sur la seconde. C'est ce qui ressort malheureusement de l'analyse de l'article 751 du Code des personnes et de la famille. Le législateur devrait laisser le libre choix du statut successoral, car le renvoi à la religion ou à la coutume a eu pour conséquence de faire acquérir à celle-ci une valeur législative. Malgré que la religion et la coutume comportent des dispositions qui violent la constitution du 25 février 1992.

A l'avenir un problème crucial pourrait être posé : notamment si un héritier soulève l'inconstitutionnalité de la religion ou de la coutume, le juge pourra t-il-les écarter ? Rien n'est certain. Une saine application du droit devrait permettre au juge d'écartier ces règles, dès l'instant que leur inconstitutionnalité est soulevée par l'une des parties. C'est justement ce que la chambre coutumière du Tribunal de première instance de la commune III du District de Bamako avait fait en 2004. Il a en effet écarté l'application du droit musulman pour la liquidation d'une succession au motif qu'il était discriminatoire et contraire à la Constitution et aux instruments juridiques internationaux ratifiés par le Mali⁷³. Cette décision a pris le contresens de

⁷³ TPI CIII, chambre coutumière, 27 décembre 2004, jugement n° 309. Le jugement est ainsi libellé « Attendu que les parties consentent toutes au partage ; qu'aucune convention ou décision de justice ne s'y oppose ; qu'il y a lieu d'y procéder. Qu'en outre, la Constitution de la République du Mali, fidèle au pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 en son article 26 et à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples en son article 2, a consacré en son alinéa 2 l'égalité de tous les Maliens et proscrit toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, le sexe ; qu'au surplus, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) en son article 15 dispose que les Etats parties reconnaissent à la femme l'égalité d'avec l'homme devant la loi ; Attendu que les différents instruments internationaux évoqués ont tous été ratifiés par la République du Mali que ces dispositions suscitées, de façon péremptoire et univoque consacrent

toutes les décisions rendues en la matière. Une décision particulièrement exceptionnelle ! Une question se pose : les autres juges auront-ils le courage de suivre cette prouesse décision ? Pas si évident. N'importe quel juge du fond qui refuse de suivre cette logique jurisprudentielle se résolve de sa mission fondamentale d'appliquer la règle de droit. Les décisions des juridictions inférieures qui refuseront d'écartier le droit religieux et le droit coutumier incompatibles avec la constitution doivent être censurées par la Cour suprême. Néanmoins, cet espoir n'est point permis aujourd'hui, car la Cour suprême elle-même se met dans une posture de violation de la constitution⁷⁴. Un revirement jurisprudentiel est indispensable. Mais cela n'est possible que si la Cour suprême comprenne les conséquences néfastes de l'article 751 du Code des personnes et de la famille. En acceptant un tel revirement, la Cour suprême aura résolu l'injustice successorale qui depuis longtemps demeure. En attendant la relecture du Code des personnes et de la famille, la Cour suprême doit prendre ses responsabilités pour faire cesser l'injustice successorale. De ce fait, elle incitera peut-être une rapide relecture du Code.

Le choix d'une loi étrangère n'est pas sans soulever des difficultés. Cette analyse soulève d'autres questions. Comment régler la succession d'une personne (un homme marié à plusieurs femmes, par exemple) qui aurait choisi une législation étrangère incompatible à sa situation ? Quelle doit être l'attitude du juge saisi de cette affaire ? Une législation inadaptée choisie par le *de cuius*, le juge pourra-t-il décider autrement ? L'article 751 *in fine* fait obstacle, car il interdit de déroger au mode de dévolution retenu. Le juge pourra-t-il faire des ajustements pour adapter à cette situation ? Ces ajustements risquent de constituer une dénaturation de la loi étrangère. Le juge ne peut statuer ni *infra petita*, ni *ultra petita*⁷⁵. Le législateur en ouvrant droit aux Maliens de choisir une législation étrangère pour régir leurs successions se met dans une posture d'incompatibilité avec la constitution. Il appartient à la loi de fixer les règles relatives aux successions⁷⁶. Là où règne l'injustice, les concepts fondamentaux de l'Etat de droit s'effondrent incontestablement.

l'égalité de l'homme et de la femme en droit et proscrivent toute forme de discrimination ; qu'il y a lieu d'ordonner le partage de 13 320 000F CFA pour les dividendes et de 1200 000F CFA pour les loyers conformément à ces principes, entre les héritiers de S. »

⁷⁴ Cf. CSM, Civ, 18 novembre 2002, arrêt n° 226, Kola Amadou c/ Bouréima GALO BAH, arrêt précité.

⁷⁵ Article 5 du décret n° 99-254/P-RM du 11 septembre 1999 portant Code de procédure civile commerciale et sociale.

⁷⁶ Article 70 de la constitution malienne du 25 février 1992.

2 - *La négation des concepts fondamentaux de l'Etat de droit*

Les statuts successoraux imposés aux Maliens sont difficilement compatibles avec les principes de l'Etat de droit. C'est le cas notamment du droit musulman des successions, des coutumes locales ou encore la volonté exprimée autrement. Celle-ci reste indéfinie. Le Code porte la marque des coups de force de la religion et des coutumes.

« Le rôle du droit est de régler le moins mal possible les situations difficiles –les crises et les drames– le bon droit est alors celui qui les prévient et les apaise. Le mauvais droit celui qui les suscite ou les attise »⁷⁷. La protection de l'égalité successorale constitue une rupture entre valeurs islamiques et valeurs républicaines. Les valeurs fondamentales qui font l'essence même de la République du Mali ne doivent jamais être négociables. Or il est évident que l'islam est porteur des valeurs qui se présentent comme incapables de se fondre dans les valeurs républicaines⁷⁸. Le droit musulman des successions présente plusieurs particularités notamment : le rejet de l'enfant naturel et adulterin de la succession de son père ; l'inégalité de traitement des héritiers masculins et féminins. Une telle inégalité en matière de partage des successions est une prescription du Coran. Laquelle injustice successorale ou supposée comme telle s'accorde très difficilement avec les développements les plus récents des droits fondamentaux. Si, en matière successorale une régression de la protection de l'égalité existe, en revanche, dans le domaine du mariage, on constate « une prise en compte importante des valeurs sociales internationales par la consécration de l'égalité »⁷⁹.

Pourtant, certaines législations de tradition musulmane rangent les principes du droit musulman à la troisième place dans la hiérarchie des sources du droit⁸⁰. Le législateur irakien accorde aux femmes les mêmes droits successoraux que les hommes. Ce législateur fait valoir que les règles coraniques successorales n'étaient que de simples recommandations, n'imposant nullement entre les sexes dans les successions, que dès lors on peut les écarter⁸¹. Finalement, le caractère immuable du droit successoral musulman est une question d'interprétation. Ce droit que le législateur aussi

⁷⁷ N.-C. NDOKO, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁸ Khomeiny l'a formulé sans ambiguïté : « Gouverner le monde est le but de l'islam. » Cette déclaration pourrait être confirmée par tous ceux qui connaissent l'islam. Bassam Tibi, orientaliste et homme scientifique germano-syrien ajoutait : « Partout, où vivent des musulmans, l'islam se proclame l'unique propriétaire légitime (les avis dissidents ne sont pas valides). »

⁷⁹ B. KAMENA, « Les innovations apportées par le projet de Code des personnes et de la famille au droit malien : quelques exemples à propos du mariage », in *Revue pluridisciplinaire de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis*, Sénégal, n° 21, juin 2011, p. 241-260, p. 254.

⁸⁰ C'est le cas du Code civil égyptien de 1948 et le Code civil irakien de 1951. Cf. L. HAMDAN, « Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 37, n° 4, octobre-décembre 1985. p. 1001-1015, p. 1004.

⁸¹ *Idem*.

bien que le juge malien (excepté le tribunal de la commune III dans le jugement précité) n'arrive pas à se départir. Il arrive même lorsque les héritiers acceptent unanimement le partage égalitaire, le juge refuse souvent et applique le droit successoral musulman. La Cour d'appel de Bamako dans un arrêt rendu le 18 avril 2007⁸² contredit le jugement⁸³ passé en force de chose jugée dans lequel les héritiers conviennent un partage égalitaire de l'héritage. Au soutien de leur défense les héritiers évoquaient deux instruments juridiques : d'autre part, l'article 2 de la constitution du 25 février 1992 qui proclame l'égalité et interdit toute forme de discrimination ; d'autre part, les instruments juridiques internationaux ratifiés par le Mali. Malgré, la Cour d'appel a rejeté le mode de partage égalitaire au motif que le Mali n'a pas encore procédé à une harmonisation avec les instruments juridiques internationaux. Que, pour leur application, les instruments juridiques internationaux doivent être ratifiés et insérés dans le droit interne national. Qu'en l'état, le droit applicable en matière successorale est et demeure la coutume des parties, celle musulmane. La position de la Cour d'appel est une méconnaissance certaine des instruments juridiques ratifiés par le Mali, mais aussi l'article 116 de la Constitution malienne. Les traités et accords internationaux dont les parties se prévalaient étaient déjà régulièrement ratifiés et entrés en vigueur antérieurement à la décision de la Cour d'appel⁸⁴. Heureusement la Cour suprême du Mali casse et annule cette décision de la Cour d'appel⁸⁵. Elle renvoie les parties devant la même Cour d'appel. Cependant, le motif de censure de la Cour suprême ne porte pas sur l'application du droit musulman, mais plutôt le refus de la Cour d'appel de respecter la volonté des parties (acceptation de partage égalitaire). C'est dire que le droit musulman s'appliquait et continue à régir la plupart des successions au Mali.

Le législateur malien, lors de l'adoption du CPF, s'est plié face aux pressions des personnes de confession musulmane. Pourtant, son homologue sénégalais a fait un pas en avant en faisant fi de plusieurs revendications des musulmans lors de la rédaction de son Code de la famille. Dans un document de dix pages, les marabouts marquèrent nettement leur hostilité au projet du

⁸² CAB, 18 avril 2007, arrêt n° 201, S. F. B et O. S. et autres c/ D. N. S.

⁸³ TPI CIII, 30 mars 2000, jument n° 63, S. F. B et O. S. et autres c/ D. N. S.

⁸⁴ La déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; le pacte international relatif aux droits civiques et politiques (1966) entré en vigueur en 1976, ratifié le 16 juillet 1974 ; le protocole facultatif n° 1 se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié le 24 octobre 2001 ; la convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), entrée en vigueur en 1981, ratifiée le 10 septembre 1985 ; la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée par la conférence des chefs d'Etat de l'OUA (1981) entrée en vigueur en 1986, ratifiée le 21 décembre 1981.

⁸⁵ CSM, Civ. 1ère, 02 juin 2008, arrêt n°160 S. F. B et O. S. et autres c/ D. N. S.

Code des personnes et de famille du Sénégal qui aurait bafoué les principes coraniques « Pour nous, musulmans, écrivent-ils, nous nous devons de souligner que l'islam est régi depuis plus de treize siècles par le Coran, Constitution suprême, qui a tout prévu et n'a rien omis en matière de mariage, divorce, succession et autres actes touchant à la société. Ses prescriptions immuables et irréfragables sont respectées et appliquées à travers le monde, sans la moindre modification, par tous les érudits et tous les gouvernements qui ont été institués. Nous nous étonnons de voir maintenant, qu'au Sénégal, on veuille y apporter des « innovations » pour ne pas dires des entorses, alors que la colonisation avait admis le Code musulman et créé des juridictions spécialisées pour les islamisés »⁸⁶. Le Code des successions de 2011 devrait mettre fin aux situations permissives et résoudre des difficultés ponctuelles posées par l'inexistence de loi des successions. C'est dans ce sens que le législateur du CPF aurait dû œuvrer. Il aurait dû aussi s'imprégner des expériences de certains législateurs africains.

*
* *

Le législateur malien a fait un pas, mais pas un grand pas dans la réglementation des successions. Un pas, car il a réussi là où ses prédecesseurs ont échoué notamment en codifiant les règles relatives aux successions. Mais, il ne s'agit pas d'un grand pas car les 95 % de la population ne peuvent pas bénéficier des innovations apportées par le Code. C'est un problème lié à la formulation de l'article 751 du CPF qui ne donne aucune possibilité de choix en présence de la religion ou de la coutume. En d'autres termes on ne choisit pas si l'on a une religion ou une coutume établie qui a vocation à s'appliquer automatiquement. Finalement, on revient à la situation antérieure au Code. Situation à laquelle les successions étaient essentiellement régies par la religion et la coutume. Pourtant, la loi n° 09-038 / AN-RM du 3 août 2009 dont la promulgation était interrompue par le président de la République qui l'envoyait devant l'Assemblée nationale pour relecture offrait l'opportunité de choix est un bon exemple de pluralisme juridique, mais aussi un espoir d'unification des règles successorales. Si le juge malien appliquait les us locaux aux successions, la transition vers l'unification des règles successorales était plus facile à réaliser. Cette loi permettait au *de cuius* de son vivant de choisir librement sa religion ou sa coutume comme mode de dévolution de sa succession. Si une personne choisissait sa religion par exemple et qui discrimine un successible, cette discrimination engendrée est à la charge de l'auteur. Cette situation peut être

⁸⁶ A. SOW SIDIBE, *op. cit.* p. 39.

concevable en matière successorale. La discrimination devient inadmissible lorsqu'elle est imputable à l'Etat. C'est ce qui résulte de la loi n° 11-087 / AN-RM du 30 décembre 2011 portant CPF.

L'Etat a l'obligation de contribuer aux changements des mentalités en jouant un rôle positif. Le renvoi législatif à des coutumes et religions est une fuite en avant du législateur de ses responsabilités. Au lieu de résoudre un problème ponctuel, le législateur crée un conflit normatif. Le Code doit être le résultat de la synthèse des différentes sensibilités sans remettre en cause les principes cardinaux de l'Etat de droit. Malheureusement, ce Code constitue une promotion des règles religieuses et coutumières, du coup, une ouverture vers une insécurité juridique. Il appartient désormais au juge malien de jouer un rôle déterminant notamment en écartant la religion et la coutume au profit du Code, toutes les fois que les circonstances l'exigent. Comme l'avait fait la Cour suprême du Sénégal dans l'affaire Babacar Diop (arrêt précité). Ce qui pourra contribuer significativement à l'émergence d'un droit successoral adapté au contexte économique et social du Mali.

LES MESURES PRIVATIVES DE LIBERTE AU MALI : UN MEPRIS DES REGLES PROCEDURALES

**Mamadou Guisse,
docteur d'Etat en droit privé,
assistant à la Faculté de droit privé de
l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako**

« Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi »¹. La Constitution du Mali reconnaît à toute personne le droit à la liberté.² Il en découle que sauf pour des raisons justifiées et expressément prévues par la loi, aucun individu ne peut être privé de sa liberté. Il s'agit là d'un principe consacré aussi bien par les textes internationaux que nationaux.

La privation de la liberté doit être une exception pour ne pas heurter la logique de la présomption d'innocence. Seule la loi seule peut, en vertu du principe de la légalité des délits et des peines prévu par la constitution malienne³, porter atteinte à la liberté d'aller et de venir. Toute dérogation aux règles ainsi énoncées ne pourrait survenir qu'en cas de commission d'infraction. Ainsi, en décidant d'une mesure privative de liberté, les magistrats auront le prévenu à leur disposition. Une telle décision est susceptible d'être prise à l'encontre de toute personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation.

La privation de liberté ne peut paraître opportune que lorsque la loi a tracé avec fermeté le cercle dans lequel le juge doit contenir les droits de l'Etat et ceux de l'individu.⁴ Elle ne doit être autorisée que contre une

¹ Art. 9 al. 1^{er} du pacte international relatif aux droits civils et politique du 16 décembre 1966 : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ».

² Art. 1^{er} de la constitution du 25 fevrier 1992 : « La personne humaine est sacrée et inviolable. Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ».

³ Art. 9 de la Constitution du 25 février 1992 : « La peine est personnelle. // Nul ne peut être poursuivi, arrêté ou inculpé qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés. »

⁴ Faustin HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd. Paris, 1866-1867, 8 volumes.

personne qui fait l'objet de suspicion dans le cadre d'un procès pénal. Les mesures privatives de liberté dont la personne poursuivie peut faire l'objet doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne doivent pas porter atteinte à la dignité humaine. Le caractère exceptionnel de la privation de liberté a pour conséquence pour la personne poursuivie, le droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

Plusieurs raisons peuvent justifier qu'un suspect fasse l'objet d'un retrait de liberté par un placement en garde à vue ou ultérieurement, s'il est mis en examen, en détention provisoire. Il peut s'agir notamment : de la crainte d'une éventuelle fuite du suspect, du danger de destruction ou disparition des preuves, d'une menace pouvant peser sur les victimes ou les témoins... L'arrestation ainsi que la mise à disposition de la justice du suspect ne sera pas légale sans une motivation soutenue et validée par l'effet d'un contrôle exercé par le juge. L'obligation de motivation constitue une garantie contre l'erreur et l'arbitraire. Elle vaut pour tous les cas de privation autorisés par la loi ; qu'elle intervienne au stade policier de la procédure pénale (garde à vue) ou judiciaire (détention provisoire). Au Mali, les autorités de police ou de la gendarmerie peuvent décider de garder à leur disposition pendant un certain temps les personnes pouvant les intéresser au cours d'une enquête.

On constate toutefois que la durée de cette mesure privative est réglementée par le législateur afin d'éviter les abus. L'importance de la phase policière ne peut être contestée. C'est pourquoi, lorsque le législateur français s'est penché sur la pratique de la garde à vue, il l'a officialisée et légalisée mais en la réglementant de telle manière qu'elle ne puisse ni donner lieu à des abus ni fournir de trop faciles prétextes à la contestation.⁵

La garde à vue est définie comme la mesure par laquelle l'officier de police judiciaire maintient à sa disposition des personnes qui ne sont pas inculpées et ne font pas l'objet d'un titre de détention.⁶ Elle est souvent accompagnée d'interrogatoire. Dans un tel cas, le suspect a le droit de se faire assister à sa diligence d'un ou plusieurs avocats de son choix. Ceux-ci ne peuvent poser des questions que par l'intermédiaire de l'officier de police judiciaire et sur autorisation de celui-ci⁷ et l'officier de police judiciaire ne se contente pas seulement de garder sous son regard la personne visée par l'enquête. Le suspect qui n'est pas assisté d'un conseil, ne peut prendre connaissance du dossier concernant l'enquête.

Le législateur malien n'a prévu aucune disposition légale obligeant les policiers à avertir le suspect de son droit au silence. Le gardé à vue ne

⁵ R. MERLE, « La garde à vue », *Gaz. Pal.*, 1962, 2^e Sem. doct, 18.

⁶ M. DINTILLHAC, « Le contrôle de la garde à vue par la Cour de cassation », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1997, I, p. 78.

⁷ Art. 76 du Code pénal.

disposera des garanties de défense qu'à partir du moment où la garde à vue a cessé. Il sera inculpé par un juge d'instruction (ou cité directement par le parquet devant la juridiction de jugement) après qu'il aura fourni à l'accusation, avec la maladresse d'un justiciable angoissé, les armes qui serviront peut-être à le faire condamner⁸.

Outre la garde à vue, la personne peut être soumise à d'autres mesures privatives de liberté. Lorsque le suspect fait l'objet de poursuites, le procureur de la République ou le juge d'instruction peut vouloir le placer en détention provisoire. Il peut en être ainsi quand il ne peut être jugé sur le champ, compte tenu de la nature de l'infraction, de la complexité de l'affaire, sources de la lenteur de la procédure judiciaire au Mali. Toute mesure de privation de la liberté devra être soutenue par des circonstances de fait et des éléments de droit. On dénombre trois pré-requis pour le placement d'un suspect en détention provisoire⁹.

D'une part, il s'agit de la nature juridique des faits dont le juge chargé de l'information judiciaire est saisi. L'incarcération ne peut être ordonnée que lorsque le suspect encourt une peine criminelle ou correctionnelle.¹⁰ Le second élément tient compte de l'âge du suspect, ce dernier ne peut être placé dans une maison d'arrêt, quelle que soit l'infraction, s'il est un mineur.¹¹ Il faut enfin que le suspect soit mis en examen c'est-à-dire inculpé par le juge d'instruction.

La décision de mise en examen doit être impérativement motivée dans le but de protéger les intérêts du suspect et d'éviter une décision arbitraire. Il doit exister aussi des éléments permettant de conclure avec un certain degré de vraisemblance que la personne est bien impliquée dans l'entreprise infractionnelle. Une mesure privative de liberté ne doit donc avoir lieu qu'en désespoir de cause. Elle ne doit être ordonnée que lorsqu'elle constitue l'unique moyen. Ainsi, elle est considérée comme un état de nécessité admettant que l'intérêt individuel de la liberté s'efface devant un autre, jugé plus grand et impérieux.¹²

Au Mali, on tend à conférer à la liberté un caractère exceptionnel et à faire de la mesure privative de la liberté la règle absolue. La loi a prévu les conditions et la durée des mesures privatives de liberté et autres mesures alternatives, notamment (le contrôle judiciaire) afin d'éviter qu'il y soit

⁸ R. MERLE, « La garde à vue », *Gaz. Pal.*, 1962, 2^e sem., doct., 18.

⁹ Ch. GUERY, "Détention provisoire", *Dalloz Références*, 2001, p. 47.

¹⁰ Art. 122 du CPPM : « En matière correctionnelle ou criminelle, le juge d'instruction peut mettre l'inculpé en détention provisoire ou le placer sous contrôle judiciaire ».

¹¹ Art. 83 al. 5 du CPPM : « Les dispositions prévues au présent article sont inapplicables en matière de délit de presse, ou d'infractions dont la poursuite est prévue par une loi spéciale ou si les personnes soupçonnées d'avoir participé au délit sont mineures de moins de dix-huit ans ».

¹² F. CLERC, »La détention préventive en Suisse », *Rev. Sc. crim.* 1975, p. 61.

systématiquement fait recours. Toutes les démarches tendant à limiter une telle pratique sont demeurées vaines. Les délais de détention sont de plus en plus long et cela en violation de toutes les règles juridiques et particulièrement, celles relatives au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.¹³ La violation d'un tel droit entraîne plusieurs conséquences tel l'engorgement des lieux de détention, la violation des droits des personnes poursuivies, la mise à mal des principes directeurs du procès équitable etc.

Des conséquences aussi graves et répétées méritent des interrogations. Ainsi, on pourrait se demander quelles peuvent être les véritables raisons du recours systématique à de telles mesures ? Pourquoi, malgré la réglementation des délais légaux, ceux-ci sont-ils constamment violés ? Au moment où la protection pénale de la liberté individuelle suscite des réflexions dans toutes les sociétés modernes soucieuses du respect des droits de l'homme, l'autorité judiciaire est malheureusement confrontée à un dilemme¹⁴ : celui de la nécessité des mesures privatives de liberté avant jugement.

A la limite, ce problème semble apparemment insoluble, tant il est incontestable que le recours à une telle décision donne toujours lieu à des passions débordantes, à des débats entre partisans et adversaires¹⁵. L'importance de la question tant au regard des objectifs de la procédure pénale que à celui de la nécessité du respect des droits de la personne poursuivie¹⁶ impose de se demander s'il n'existe aucune alternative à la privation de liberté avant jugement, sinon si elles se justifient, telles que pratiquées de nos jours.

Pourtant, le législateur consacre le caractère exceptionnel de la mesure privative de liberté en fixant sa durée et met à la charge des magistrats l'obligation de motiver la décision de mise en détention. Il prévoit aussi des mesures alternatives afin d'éviter trop souvent le recours à des dispositions de coercition. Cette attitude du législateur s'explique par sa volonté d'éviter l'engorgement des lieux de détention. Mais son effort semble être vain car le constat est que non seulement les lieux de détention ne désemplissent pas, mais aussi et surtout que le recours aux mesures privatives de liberté est exponentiel et systématique (**I**) et accentué par la violation des délais légaux (**II**) de détention.

¹³ Art. 9 al. 3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré... »

¹⁴ Alain Michel EBELE DIKOR, *Le régime juridique de la détention avant jugement en droit français et en droit camerounais*, sous la direction de Daniel MAYER, Paris 1, 2000, p. 12.

¹⁵ *Id.*, p. 13.

¹⁶ Art. 1^{er} du CPP : La procédure pénale doit être équitable, contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.

I – Une tendance au recours systématique aux mesures privatives de liberté avant jugement au Mali

La liberté individuelle peut subir de nombreuses atteintes qui peuvent émaner des pouvoirs exécutifs (internement administratif, arrestation préventive et rétention provisoire) ou être ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale (garde à vue et détention provisoire)¹⁷. Ce sont ces dernières ou plus exactement le recours à celles-ci qui pose problème. Une incarcération ne doit être tolérée que si elle est rendue nécessaire par de très hautes considérations d'ordre social.¹⁸ La recherche et la manifestation de la vérité doivent être les critères essentiels du recours à la détention avant le jugement.

Pour mener à bien leur mission, les enquêteurs (officiers de police judiciaire) et les juges d'instruction disposent de moyens très divers¹⁹. Ils peuvent chacun, conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés et, selon leur domaine de compétence, exercer divers actes de procédures : transport sur les lieux, examen de scènes du crime, recueil d'indices à des fins d'examen technique. Ils peuvent aussi procéder à des interrogatoires, perquisitions et, malheureusement, prendre des mesures de nature à limiter la liberté des individus sous le coup de la poursuite.

L'acte le plus dangereux que peut réaliser un officier de police judiciaire, selon T. Garé et C. Ginestet est le placement en garde à vue²⁰. Pourtant, selon J. Montreuil et C. Parra, bon nombre de policiers croyaient « LEGITIME » la détention du témoin ou du suspect pendant 24h dans les locaux de la police ou de la gendarmerie pour les nécessités d'une enquête judiciaire²¹. Malgré qu'il ne s'agisse là que d'une exception due à un cas de force majeure, beaucoup de policiers enquêteurs au Mali croient encore détenir un tel pouvoir.

Mesure privative de liberté ordonnée par un officier de police judiciaire et d'une durée strictement limitée, la garde à vue doit rester constamment sous le contrôle de l'autorité judiciaire et répondre à un stricte formalisme. Ce qui

¹⁷ Ces atteintes se présentent à la fois comme des violations de la liberté individuelle d'une personne présumée innocente et des mesures comme nécessaires à l'Etat dans sa politique de préservation de l'intérêt collectif.

¹⁸ Alain Michel EBELE DIKOR, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹ Th. GARE et Catherine GINESTET, *Droit pénal, Procédure pénale*, 7^e édition, Dalloz 2012, p. 264.

²⁰ Th. GARE et Catherine GINESTET, *op. cit.*, p. 266.

²¹ Charles PARRA et Jean MONTREUIL, *Traité de procédure policière*, Quillet Editeur, Paris, 1970, p. 292. Selon ces auteurs, cette croyance généralisée de l'époque ne visait qu'un cas précis : celui où l'individu arrêté en flagrant délit ne pouvait être immédiatement entendu par le parquet. Il n'établissait pas un droit général de détention de la police pendant 24h. Il ne prévoyait qu'une exception due à un cas de force majeure.

implique, selon Solange Ngono, la notion de légalité dans la privation de liberté²². En effet, la loi, fondement de la privation de liberté doit être accessible, précise et prévisible.

Par ailleurs, le juge d'instruction, magistrat chargé de la recherche et de la manifestation de la vérité au cours de l'instruction, peut aussi ordonner une mesure tendant à priver de sa liberté une personne poursuivie. La détention provisoire constitue la mesure privative de liberté décidée par l'autorité judiciaire, par excellence²³. Elle peut se définir comme l'incarcération de la personne poursuivie dans une maison d'arrêt pendant tout ou partie de la période qui va du début de l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif sur le fond de l'affaire²⁴.

Selon C. Etrillard, toutes les législations, qu'elles soient d'inspiration inquisitoire ou accusatoire, connaissent la détention provisoire²⁵. Elle doit être strictement réglementée et entourée de garanties suffisantes. C'est pourquoi, les dispositions du Code de procédure pénale du Mali prévoient qu'elle ne peut être décidée qu'en matière correctionnelle ou criminelle et, seulement si la sanction encourue comporte une peine d'emprisonnement²⁶.

Ce qui paraît paradoxal au Mali, c'est que malgré que garde à vue et détention provisoire constituent des actes d'une extrême gravité et attentatoires à la liberté individuelle, policiers (officiers de police judiciaire) et magistrats instructeurs y ont recours systématiquement. L'analyse de l'activité policière et des cabinets d'instruction permet de dégager le non respect des règles légales encadrant la garde à vue (**A**) mais aussi et surtout on assiste à un recours rarissime aux mesures alternatives à la privation de la liberté (**B**) en lieu et place de la détention provisoire.

²² Solange NGONO, *Le procès pénal camerounais au regard de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, thèse, L'Harmattan 2000, p. 241.

²³ Cependant il faut que d'autres mesures puissent être décidées par le juge judiciaire avant jugement, telles que le placement forcé en cure de désintoxication.

²⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 8^e éd., Cujas, 2010, p. 461. J. PRADEL, *Manuel de procédure et détention provisoire*, jurisclasseur procédure pénale, articles 137 à 150, mars 2001, p. 680.

²⁵ C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, Thèse de doctorat, Paris, L'Harmattan 2002, p. 226 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 465. J. PRADEL, *Manuel* précité, p. 689 ; S. GUINARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, p. 368.

²⁶ Art. 122 du Code de procédure pénale : « En matière correctionnelle ou criminelle, le juge d'instruction peut mettre l'inculpé en détention provisoire ou le placer sous contrôle judiciaire... ».

A - Le non respect des règles légales encadrant la garde à vue au Mali

L'analyse des dispositions du Code de procédure pénale²⁷ laisse entrevoir que la privation de la liberté, acte d'une extrême gravité, doit être basée sur la loi et justifiée par les circonstances de la cause²⁸. En effet, relativement à la garde à vue, deux raisons fondamentales peuvent justifier la prise de cette décision par un officier de police judiciaire²⁹. Ainsi, la garde à vue peut être ordonnée à l'encontre de toute personne contre laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, dans les locaux de la police, pour les nécessités de l'enquête. Il ressort clairement des dispositions de l'article 76 du Code de procédure pénale malien (article 63 du Code de procédure pénale français) qu'un individu ne peut faire l'objet d'une garde à vue que lorsqu'il existe contre lui des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation et seulement pour les nécessités de l'enquête.

C'est là en effet, que réside le vrai problème. La nature des indices est laissée à l'appréciation de l'officier de police judiciaire. De même, il est le seul à qui, il est loisible de déterminer les nécessités de l'enquête. Le législateur, en ne procédant pas à une énumération des indices dits graves et concordants, laisse ouverte la porte de l'abus. Mieux : un large spectre de besoins, souvent fallacieux, peut être énoncé sous le vocable « nécessités de l'enquête ».

Quoi que prévues par les textes en vigueur au Mali, les contestations les plus vives à l'encontre de la garde à vue sont relatives à l'insuffisance, voire à la violation des garanties encadrant la garde à vue (1) mais aussi et surtout à l'ineffectivité de toute forme de sanctions à l'égard des OPJ, reconnus responsables (2). Fonction auxiliaire de la justice répressive au Mali, la police judiciaire est exercée sous la direction, le contrôle et la surveillance de l'autorité judiciaire³⁰. Lorsque les officiers de police judiciaire agissent en

²⁷ Au Mali c'est la loi n° 01-080 AN-RM du 20 août 2001 qui a institué le Code de procédure pénale.

²⁸ D'après l'article 6 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples : « Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi ». Des dispositions identiques sont prévues par l'article 9 du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi ».

²⁹ Article 76 al. 1 et 2 du Code de procédure pénale. Voir, J. LÉROY, « Garde à vue », Jurisclasseur de procédure pénale, septembre 1995 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, « Garde à vue », DALLOZ 1998 ; G. FOURNIER, *L'acte de police judiciaire*, Thèse, Rennes 1979, p. 323 ; H. MATSOPOULOU, Les enquêtes de police, thèse, Paris I, LGDJ, 1996, p. 203.

³⁰ Article 31 CPPM : « La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre. Elle est placée,

qualité d'OPJ, leur action, c'est-à-dire leur mission est placée sous les ordres, les instructions de l'autorité judiciaire. L'activité de la police judiciaire doit être strictement encadrée et contrôlée. L'intervention de certains magistrats serait de nature à limiter les différents abus susceptibles d'être causés par les enquêteurs. De nombreuses considérations militent en faveur de cette thèse.

D'une part, on pourrait retenir des considérations d'ordre juridique. En effet, le procureur général est le chef hiérarchique de tous les officiers et agents de la police judiciaire³¹. C'est certainement dans ce cadre qu'il peut diriger l'activité des OPJ et APJ, par la voie de leurs supérieurs hiérarchiques. Ceux-ci peuvent, soit sur instructions du procureur de la République, soit d'office, procéder à des enquêtes préliminaires³². D'autre part, selon C. Parra et J. Montreuil, des considérations d'ordre technique doivent être retenues³³. A notre époque, la mission de police judiciaire ne saurait être l'œuvre d'enquêteurs isolés. Son bon accomplissement requiert l'intervention d'un ensemble de services bien structurés.

Enfin, il faut signaler des considérations relevant du bon sens. L'absence de toute autorité hiérarchique encadrant, surveillant et contrôlant l'activité de la police judiciaire serait de nature à engendrer un laisser-aller total. Or, il semble qu'à travers son pouvoir de direction de l'activité de la police judiciaire, le procureur de la République ait délégué aux supérieurs hiérarchiques directs des OPJ toutes ses compétences. Il leur a remis un blanc-seing leur conférant un droit de violation systématique des garanties encadrant la garde à vue.

1 – La violation des garanties encadrant la garde à vue

Nous avons vu que la police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République conformément aux articles 31 CPPM et 13 du Code de procédure pénal français. Il en découle un devoir de surveillance générale sur tous les officiers et agents de police judiciaire. C'est donc une

dans le ressort de la Cour d'appel, sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre d'accusation ». Voir aussi Ch. PARRA et J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière, Etude théorique et pratique*, Quillex Editeur, paris 1970, p. 111.

³¹ Article 50 al. 3 CPPM : « Tous les officiers et agents de la police judiciaire sont placés sous la surveillance du procureur général. Il peut les charger de recueillir tous renseignements qu'il estime utiles à une bonne administration de la justice ».

³² Article 86 : « Les officiers de police judiciaire, soit sur instructions du procureur de la République, soit d'office, procèdent à des enquêtes préliminaires ».

³³ C. PARRA et J. MONTREUIL, *La procédure pénale policière, op. cit.*, p. 112. Ces auteurs considèrent qu'en plus de l'autorité des procureurs les supérieurs hiérarchiques directs des APJ et APJ exercent à leur tour une autorité certaine sur eux. D'ailleurs l'injonction faite à ceux –ci de ne « solliciter ou recevoir des ordres ou instructions que de l'autorité judiciaire dont ils dépendent » ne s'applique pas aux supérieurs hiérarchiques.

mission tutélaire qui se dégage de l'esprit des articles 48, alinéa 2 du Code de procédure pénale malien et 35 du CPPF³⁴.

Textuellement, l'activité de la police judiciaire est suffisamment encadrée. Le problème résulterait, en fait d'une mauvaise interprétation des dispositions de l'article 86 CPPM qui confère aux OPJ le pouvoir de procéder à des enquêtes préliminaires soit sur instruction du procureur de la République, soit d'office et, d'un dysfonctionnement. L'impression qui se dégage, dans ce dernier cas, est que l'officier enquêteur échappe à toute surveillance, à tout contrôle.

En effet, même en l'espèce, des garanties essentielles sont imposées³⁵. Celles-ci sont relatives à l'obligation d'information du procureur de la République, à la notification et au respect des droits de la personne gardée à vue. Paradoxalement, lorsque les officiers de police judiciaire procèdent d'office à des enquêtes préliminaires, dans la pratique, ils disposent d'une large autonomie, alors que toute leur activité doit être strictement exercée sous la direction et le contrôle du procureur de la République. Or les officiers et agents de police judiciaire au Mali exercent de leur plein gré avec l'assentiment de leurs supérieurs hiérarchiques directs, auxquels le procureur de la République a délégué ses pouvoirs.

Profitant des pouvoirs qui leur sont conférés, les policiers disposent d'un privilège : celui d'arrêter ou de faire arrêter toute personne à l'encontre de laquelle il existe des « indices graves et concordants » dont la nature est laissée à leur discrétion. S'agissant, par exemple, de simples témoins, susceptibles de fournir des renseignements, les abus à leur égard sont, malheureusement trop fréquents. L'attitude des agents des forces de l'ordre a tendance à les transformer en véritables suspects. D'ailleurs très souvent, les témoins sont gardés, sans conséquences pour l'agent. Or, toute décision de placement en garde à vue, lorsqu'elle est justifiée³⁶, doit être immédiatement communiquée au procureur de la République et consignée dans le registre de la main courante.

La violation de l'obligation d'information est le résultat du laxisme des procureurs qui ont la charge de surveiller et de contrôler l'activité de la police judiciaire. S'agissant du procureur général, la loi impose à tous les procureurs de la République et à tous les juges de paix à compétence étendue

³⁴ Articles 48 et 35CPPM : « Le procureur général est chargé de veiller à l'application de la loi pénale sur toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel ».

³⁵ Thierry GARE, Catherine GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, 7^e édition, Dalloz, 2012, p. 267.

³⁶ Jean PRADEL, *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit comparé*, travaux de l'institut des sciences criminelles de Poitiers, Cujas 1992, p. 52.

de lui adresser tous les mois, un état des affaires de leur ressort³⁷. Le constat est celui d'un déphasage entre l'esprit des textes et la réalité pratique. Ni les procureurs inférieurs, ni les juges de paix à compétence étendue ne font l'objet de rappel à l'ordre ou de sanctions. L'impunité est renforcée par l'attitude des procureurs de la République qui faillissent régulièrement à leur devoir légal³⁸. Il est fort malheureux de constater, d'une part, que les rapports ne sont ni régulièrement dressés, ni régulièrement transmis au procureur général. D'autre part, les procureurs de la République se fient aux seuls propos des rapports, lorsqu'ils sont dressés, dans de rares cas.

Néanmoins, lorsqu'un procureur s'intéresse à des personnes gardées à vue, les raisons ne peuvent être que de deux ordres :

-des considérations politiques ou personnelles : dans de pareilles situations, des personnalités haut-placées dans l'administration ou politiquement influentes interviennent directement ou par personnes interposées. Les commissaires de police, les chefs de brigades de gendarmerie, les procureurs de la République reçoivent des appels de partout et finissent par se plier aux injonctions ;

-des considérations financières : les personnes interpellées, sans être des notabilités, sont financièrement nanties. C'est le lieu de marchandages, de négociations, entre plaignants et suspects d'une part, et entre agents enquêteurs et procureurs de la République qui n'hésitent pas à demander que les intéressés soient conduits immédiatement ; d'autre part.

Ainsi, l'information du procureur de la République n'intervient que dans de rares cas où prévalent des intérêts privés. En jouant pleinement leur rôle, en exigeant périodiquement que leur soit adressé un état des affaires de leur ressort, certains abus auraient pu être évités. Mieux, en visitant régulièrement les lieux de garde à vue, les différents procureurs se seraient rendus compte des réalités, au lieu de se fier au contenu des registres de la main courante.

Dès que le suspect est placé en garde à vue, en plus d'informer le procureur, l'officier de police judiciaire doit notifier immédiatement à la personne gardée à vue ses droits dans une langue qu'elle comprend³⁹. La notification doit intervenir dès le début de la mesure. Selon T. Garé et C. Ginestet, la notification des droits ne doit pas forcément correspondre à

³⁷ Article 48 al. 3 CPPM : « A cette fin, il lui est adressé tous les mois par chaque procureur de la République et juge de paix à compétence étendue un état des affaires de leur ressort ».

³⁸ Article 53 CPPM : « Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. A cette fin, il est investi des pouvoirs et des prérogatives attachés à la qualité d'officier de police judiciaire en vertu desquels il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal. Il visite les locaux de garde à vue chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par trimestre ; il tient à cet effet un registre répertoriant le nombre et la fréquence des contrôles effectués dans ces différents locaux ».

³⁹ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 268.

l'arrivée au poste de police si par exemple, la décision a été prise suite à une perquisition⁴⁰. La notification différée des droits est cependant admise (l'état d'ébriété, la recherche d'interprète pour le suspect qui ne parlerait qu'une langue peu usitée). Non seulement, les droits ne sont presque jamais notifiés, mais s'ils le sont, c'est dans un délai déraisonnable. Dans de très nombreux cas au Mali, lorsque les suspects sont notamment des anglophones (ghanéens, nigérians), ils sont traités avec très peu d'égard. Il existe de multiples raisons à cela : ils sont fichés pour être des trafiquants notoires de stupéfiants ; ce sont également des bandits de grand chemin, supposés à l'origine des crimes et délits violents ; leur penchant pour les infractions qualifiées d'escroquerie, d'abus de confiance, de trafic de fausse monnaie, vont en faveur de leur stigmatisation.

Enfin, la garde à vue doit être décidée en respectant quelques droits élémentaires du suspect. Il doit, normalement, être en mesure de prévenir un proche ou son employeur⁴¹. Dans la pratique policière au Mali, dès leur arrestation, les personnes placées en garde à vue sont instantanément dépossédées de leurs téléphones ou de tout autre moyen de communication. Le droit de communiquer est restreint et lorsqu'il est autorisé, c'est dans l'espoir de pouvoir négocier. Le droit d'être examiné par un médecin de son choix ou désigné par le procureur de la République est un droit réservé aux nantis et autres fonctionnaires de haut rang.

Par ailleurs, s'il existe un droit purement déclaratif, c'est celui de se faire assister à sa diligence, d'un ou plusieurs avocats de son choix⁴². Disposition inconnue, sinon réservée à une très étroite minorité, la notification d'un tel droit⁴³ est savamment ignorée. Dans tous les cas, en l'espèce, soit l'intéressé n'a pas la possibilité de s'attacher les services d'un avocat, soit ce dernier commis, se limite à un rôle d'assistance, sans pouvoir modifier le cours des choses. Néanmoins, on lui reconnaît le droit d'assister aux interrogatoires, auditions et confrontations, de consulter les procès-verbaux de déroulement

⁴⁰ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 268.

⁴¹ Article 76, alinéa 3 : « Dans tous les cas, l'officier de police judiciaire qui décide de garder à vue une personne a l'obligation d'aviser celle-ci de son droit de se faire examiner par un médecin de son choix. Le procureur de la République peut, d'office ou à la requête d'un membre de la famille de la personne gardée à vue, désigner un médecin qui examinera cette dernière, à n'importe quel moment du délai de garde à vue ».

⁴² Article 76 al. 6 et 7 CPPM : « Au cours de l'enquête préliminaire, toute personne mise en cause ou victime d'une infraction a le droit de se faire assister à sa diligence, d'un ou plusieurs avocats de son choix. Les avocats ne peuvent poser des questions que par l'intermédiaire de l'officier de police judiciaire et sur autorisation de celui-ci. En cas de refus, mention en est faite au procès-verbal ».

⁴³ Article 76 al. 8 CPPM : « Les dispositions de l'alinéa 6 du présent article seront portées à la connaissance des intéressés avant tout interrogatoire ou audition ; mention devra en être faite au procès-verbal ».

de la garde à vue. Il s'agit là d'une avancée importante dans le respect des droits de la défense.

L'intervention de l'avocat peut tout de même être différée en matière de criminalité organisée, de terrorisme, pour des « raisons impérieuses, tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction⁴⁴ ». Plus graves, « les nécessités de l'enquête » constituent un moyen « légal » permettant d'entraver l'intervention immédiate de l'avocat, donc de contourner les règles en la matière. Enfin, l'intervention peut être différée suite à la décision collective d'un barreau de suspendre toute participation aux commissions d'office. S'il est évident que les textes internes et internationaux encadrent la garde à vue, l'effectivité du respect des droits du suspect pose problème.

Selon T. Garé et C. Ginestet, force est de constater que les textes ménagent aux autorités de poursuite bien de possibilités de ne pas rendre effectives ces avancées⁴⁵. Cela résulte de l'absence de sanctions à l'encontre des officiers et agents de police judiciaire reconnus coupables de violations des droits de la personne gardée à vue.

2 - *L'ineffectivité de toute forme de sanctions*

La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République qui en assure la surveillance et le contrôle. D'ailleurs, tous les officiers de police judiciaire, en République du Mali sont nommés par le ministre de la Justice sur proposition du procureur général⁴⁶. Sous cet angle, le procureur dispose d'un véritable pouvoir de surveillance sur les officiers et agents de la police judiciaire. A cet effet, il incombe à ce magistrat : de tenir le dossier individuel de chaque OPJ de son ressort qui doit renfermer les bulletins de notes établis par les procureurs de la République ; de prévenir les fautes professionnelles ; d'en empêcher le renouvellement ; enfin de coordonner l'action des divers services assurant la mission de police judiciaire⁴⁷.

Le procureur général doit transmettre au ministre de la Justice l'un des deux exemplaires de la notice individuelle de renseignement établie, chaque année, par les procureurs de la République. La notice doit comporter des

⁴⁴ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 269. C. PARRA, J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, op. cit.

⁴⁵ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 269. Article 33 CPPM : « Sont officiers de police judiciaire : ... Les officiers de la Gendarmerie Nationale... Les fonctionnaires du corps des commissaires... Les inspecteurs de police ayant au moins 5 ans d'ancienneté nommés officiers de police judiciaire par arrêté du ministre de la justice sur proposition du procureur général... »

⁴⁶ Article 9 al 2 : « Tous les officiers et agents de la police judiciaire sont placés sous la surveillance du procureur général... »

⁴⁷ C. PARRA, J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, op. cit., p. 114.

éléments d'appréciation sur les qualités de l'OPJ, ses compétences, la qualité des informations qu'il fournit, son habileté professionnelle etc. Mais les procureurs de la République doivent consigner dans ce document, tous les incidents professionnels de son titulaire. Ces notes écrites et régulièrement transmises permettent d'asseoir et de consolider le véritable pouvoir de surveillance des procureurs sur l'activité de la police judiciaire.

Outre les magistrats du ministère public, la chambre d'accusation doit exercer un contrôle sur l'activité de la police judiciaire⁴⁸. En effet, elle est saisie soit par le procureur général soit par son président⁴⁹, lorsque les faits reprochables à l'OPJ sont plus graves⁵⁰. Après la saisine, la chambre peut procéder à une enquête. Elle entend le procureur général ainsi que l'OPJ⁵¹. Au cours de l'examen de l'affaire, la chambre doit s'assurer que ce dernier a préalablement pris connaissance de son dossier tenu au parquet général⁵². Cette disposition est importante, car elle permet de mettre en exergue, les qualités ou défauts de l'OPJ, mais aussi et surtout d'étaler au grand jour l'ensemble des incidents survenus au cours de sa carrière.

Selon les dispositions de l'article 220 CPPM, la chambre d'accusation est en droit, soit de faire de simples observations à l'OPJ, soit de le suspendre temporairement ou définitivement de ses fonctions. Si les faits qui lui sont reprochés sont plus graves, la chambre peut transmettre son dossier aux procureurs généraux, aux fins de poursuite⁵³. Lorsque des mesures sont décidées, elles sont notifiées à la diligence du procureur général aux autorités dont dépendent les OPJ⁵⁴. Ce sont autant de sanctions qui peuvent être dirigées contre la personne de l'OPJ. Cependant leur inefficacité est patente.

Tout d'abord, les procureurs de la République au Mali semblent avoir démissionné de leur mission fondamentale : la direction, la surveillance, le

⁴⁸ Article 219 CPPM : « La chambre d'accusation exerce un contrôle sur l'activité des officiers de police judiciaire ».

⁴⁹ Article 219 CPPM al 2 : « Elle est saisie soit par le procureur général, soit par son président ».

⁵⁰ C. PARRA, J. MONTREUIL, *Traité de procédure pénale policière*, op. cit., p. 116.

⁵¹ Article 219 CPPM al. 3 : « La chambre d'accusation, une fois saisie, fait procéder à une en, quête elle entend le procureur général et l'officier de police judiciaire en cause ».

⁵² Article 219 CPPM al 4 : « Ce dernier doit avoir été préalablement mis à même de prendre connaissance de son dossier d'officier de police judiciaire tenu au parquet général de la Cour d'appel...».

⁵³ Article 220 CPPM : « La chambre d'accusation peut, sans préjudice des sanctions disciplinaires qui pourraient être infligées à l'officier de police judiciaire par ses supérieurs hiérarchiques, lui adresser des observations ou décider qu'il ne pourra, soit temporairement, soit définitivement, exercer ses fonctions d'officier de police judiciaire. Si la chambre d'accusation estime que l'officier de police judiciaire a commis une infraction à la loi, elle ordonne en outre la transmission du dossier au procureur général à toutes fins qu'il appartiendra ».

⁵⁴ Article 221 CPPM : « Les décisions prises par la chambre d'accusation contre les officiers de police judiciaire sont notifiées à la diligence du procureur général aux autorités dont ils dépendent ».

contrôle de l'activité de la police judiciaire. La connivence, voire la complicité entre autorités judiciaire et policière est de nature à pérenniser l'irresponsabilité et l'impunité des OPJ dans l'exercice de leur fonction. Les comportements affichés par les policiers au Mali en sont la parfaite illustration : arrogance, violence et surtout négligence dans le traitement des dossiers. Ces différentes attitudes sont connues. Elles persistent et demeurent une ligne de conduite permanente, car n'ayant jamais fait l'objet de réprobation ni de la part des supérieurs hiérarchiques, ni des procureurs censés diriger l'activité de la police judiciaire.

Ensuite, la persistance de tels comportements est favorisée par l'ignorance des mécanismes et des règles procédurales fixant la responsabilité des officiers et agents de la police judiciaire, d'une part, et d'autre part, le mythe qui les entoure. Enfin, aucune jurisprudence ne permet d'établir des sanctions infligées par la chambre d'accusation à des officiers de la police judiciaire. Si des mesures coercitives visant la personne de l'OPJ sont difficilement envisageables, d'autres sont plus accessibles et méritent d'être renforcées.

Des mesures affectant les actes de procédure irréguliers devaient être prévues par le législateur malien. L'absence de nullité textuelle est critiquable, selon T. Garé et C. Ginestet, mais celle-ci pourrait être résolue par le recours aux nullités substantielles⁵⁵. Même ces dernières ne sont pas prévues par le Code de procédure pénale du Mali en ce qui concerne la garde à vue. Cependant, les dispositions de l'article 171 du Code de procédure pénale français et 177, 206 CPPM⁵⁶ pourraient s'appliquer (même si elles sont relatives aux nullités de l'instruction).

Dans tous les cas, la garde à vue doit être déclarée irrégulière si elle a porté atteinte aux intérêts de la personne ou si la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés fondamentalement viciés⁵⁷. Ce rôle doit revenir à la jurisprudence qui, en France, Selon T. Garé et C. Ginestet estime que les irrégularités dans la mise en œuvre de la garde à vue portent nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée⁵⁸. Il s'agit là d'une approche originale et intéressante qui permet de prononcer automatiquement la nullité en dehors de tout texte lorsqu'elle constate la violation d'une des garanties encadrant la garde à vue. Dans les mêmes conditions, le juge pourra

⁵⁵ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 269.

⁵⁶ Article 177 CPPM : « Il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles du présent titre autres que celles visées à l'article 176, et notamment en cas de violation des droits de la défense ». Article 206 CPPM: « La chambre d'accusation examine la régularité des procédures qui lui sont soumises. Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure ».

⁵⁷ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 269

⁵⁸ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 270.

éventuellement statuer sur le sort des actes antérieurs accomplis par l'officier de police judiciaire⁵⁹ et sur la procédure ultérieure. Les actes antérieurs réguliers seront maintenus, en principe, et ceux postérieurs à la constatation de la violation, seront déclarés nuls, puisque susceptibles d'altérer la vérité.

Ainsi, il apparaît clairement qu'au cours de l'enquête préliminaire, l'inobservation de certaines règles pourrait porter atteinte aux droits de la défense. De même, au cours de l'instruction, le recours systématique au mandat de dépôt, en lieu et place des mesures alternatives, pourtant prévues par la législation en vigueur au Mali, constitue aussi une véritable atteinte aux intérêts de la personne poursuivie.

B – Le recours rarissime aux mesures alternatives

Au cours de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction peut être amené à exercer plusieurs actes de procédure (transport sur les lieux, examen de la scène du crime, interrogatoires, confrontations, perquisitions etc.)

Mais, de tous les actes que la juridiction d'instruction peut être amenée à prendre, le placement en détention de la personne mise en examen est certainement le plus grave⁶⁰. Selon Merle et Vitu, elle peut se définir comme l'incarcération de la personne poursuivie dans une maison d'arrêt pendant tout ou partie de la période qui va du début de l'instruction préparatoire jusqu'au jugement définitif sur le fond de l'affaire⁶¹. M. Flavoreu reconnaît en la détention provisoire une atteinte grave à la sûreté⁶². Malgré cela, selon Mademoiselle Etrillard, toutes les législations, qu'elles soient d'inspiration inquisitoire ou accusatoire, connaissent la détention provisoire⁶³. C'est donc, malgré son caractère attentatoire aux droits de l'inculpé, une mesure admise⁶⁴, mais sous certaines conditions.

⁵⁹ Article 206 CPPM : « Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échec, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure ».

⁶⁰ Alain Michel EBELE DIKOR, *Le régime juridique de la détention avant jugement en droit français et en droit camerounais*, sous direction Daniel MAYER ; Paris 1. 2000. p. 33.

⁶¹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 8^e éd, Cujas, 2010, P461. J. PRADEL, *Manuel de procédure et détention provisoire*, jurisclasseur procédure pénale, articles 137 à 150, mars 2001, mars 2001. P. CHAMBON, *Le juge d'instruction, Théorie et pratique*, Cujas, 4^e édition, 1997.

⁶² L. FLAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, 2^e édition, Dalloz 2002, p. 564. J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Tome II, 7^e édition, Thémis 2003, p. 41.

⁶³ C. ETRILLARD, *Le temps dans l'investigation pénale*, Thèse, Paris, L'harmattan, 2002 ; Voir aussi R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, 8^e éd, Cujas, 2010, p. 465 ; J. PRADEL, *op. cit.*, p. 689 ; S. GUINARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*.....p. 368.

⁶⁴ Voir les articles 5 §1-c CESDH, 7 CADHP et surtout art. 122 CPP: « En matière correctionnelle ou criminelle, le juge d'instruction peut mettre l'inculpé en détention provisoire ou le placer sous contrôle judiciaire. La détention provisoire et le contrôle judiciaire ne peuvent être ordonnés qu'à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté et selon les règles et conditions énoncées ci-après ».

De toute évidence, le législateur malien a entendu prescrire la mesure uniquement dans les cas où la gravité de l'infraction est telle que le maintien en liberté est difficilement concevable⁶⁵. Toutefois, elle présente des inconvénients majeurs, en ce sens qu'elle semble incompatible avec le principe de la présomption d'innocence. Selon M. Guery, elle peut constituer un pré-jugement⁶⁶ et causer de graves désagréments à la fois psychologiques et sociaux, à la personne concernée⁶⁷. Ensuite, les juges d'instruction utilisent trop souvent cette mesure pour exercer des pressions sur l'inculpé, afin d'obtenir des aveux⁶⁸. Enfin, comme pour couvrir cet abus, les juridictions de jugement prononcent des peines d'emprisonnement au moins égales à la durée de la détention⁶⁹.

La détention avant jugement doit être une mesure exceptionnelle et provisoire⁷⁰. Or, selon M. Chambon, la mesure n'a rien d'exceptionnelle, car écrit-il, le législateur qualifie d'exceptionnelle la détention provisoire parce qu'il sait qu'elle ne l'est pas et qu'il voudrait qu'elle le fut⁷¹. On constate aisément que le législateur privilégie la détention provisoire en lieu et place du contrôle judiciaire (1) pour le juge d'instruction, mais aussi la médiation pénale (2) autre mesure plus originale et plus souple à disposition du procureur de la République.

1 - Le recours rarissime au contrôle judiciaire

Incontestablement, il existe plusieurs mesures alternatives, toutes simples et moins contraignantes pour le mis en examen, à la disposition du juge d'instruction à savoir : l'assignation à résidence (avec surveillance électronique)⁷², la libération sous caution, le contrôle judiciaire, voire la liberté tout simplement⁷³, celle-ci étant le principe consacré par le législateur.

⁶⁵ D. KANE, *Rapport à l'audience solennelle de la rentrée des cours et tribunaux de l'année judiciaire 2004-205 au Mali*, novembre, p. 4.

⁶⁶ C. GUERY, *Détention provisoire*, Thèse, Paris, Dalloz 2001, p. 10.

⁶⁷ Dans le contexte africain en général et malien en particulier, être placé en détention est synonyme de déshonneur. En effet, tout le monde s'accorde à dire qu'un « noble » n'est pas fait pour la prison. Cela peut avoir des considérations négatives même pour la descendance.

⁶⁸ C. GUERY, *Détention provisoire*, Thèse, Paris, Dalloz 2001, p. 16.

⁶⁹ C. Guéry, *Détention provisoire*, Thèse, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁰ Article 123 CPM : « ... lorsque la détention provisoire de l'inculpé est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices... lorsque l'inculpé se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ».

⁷¹ P. CHAMBON. « La loi no 89-46 du 06 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire : analyse et réflexion », *JCP*, 1989.

⁷² En France, les personnes poursuivies peuvent faire l'objet à résidence avec surveillance électronique. Cette méthode consiste à placer un bracelet électronique sur le mis en examen et laissé en liberté. Elle permet presqu'en temps réel sur l'ensemble des mouvements de l'intéressé. Ce système est loin d'être pratiqué au Mali.

⁷³ Cour de Cassation, chambre criminelle, 39 octobre 1990, *Bulletin criminel* n° 364, Dalloz 1991, p. 292, note D. MAYER.

D'ailleurs, de l'esprit de l'article 123, alinéa 2 CPPM, se dégage une ferme conviction du législateur malien : celle de ne recourir à la détention provisoire que dans des cas extrêmes⁷⁴. Indéniablement, on constate que le placement en détention ne doit pas être décidé *a priori*. La décision ne doit être prise qu'après le constat d'un échec : l'inefficacité ou l'insuffisance du contrôle judiciaire⁷⁵. C'est donc une institution originale à laquelle une priorité a été accordée.

Elle consiste en une série d'obligations imposées à la personne mise en liberté et soumises à des contraintes. Celles-ci sont relatives à la restriction de la liberté de mouvement⁷⁶, à la garantie de représentation⁷⁷, à la sécurité de l'intéressé lui-même⁷⁸ etc. Ces mesures ont un caractère évolutif. Le placement sous contrôle judiciaire doit résulter d'une ordonnance que le juge d'instruction peut prendre à tout moment de l'information⁷⁹. En France, une telle décision peut être prise aussi par le juge des libertés et de la détention, régulièrement saisi par le juge d'instruction préconisant la détention provisoire⁸⁰.

Dans la décision de placement, le juge choisit les obligations auxquelles sera soumis l'inculpé. Considérant leur caractère évolutif, il lui sera loisible de les modifier à tout moment en les allégeant ou en les aggravant⁸¹. Il s'agit là d'une large assiette de pouvoirs dont dispose le juge. En fonction de la bonne ou mauvaise conduite de l'inculpé, celui-ci pourrait être indulgent, tolérant ou encore plus coercitif. La pression susceptible d'être exercée par

⁷⁴ Article 123 al. 2 : « ... lorsque la détention provisoire de l'inculpé est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins soit une concertation frauduleuse entre inculpés et complices ».

⁷⁵ Article 123 al. 4 : « lorsque l'inculpé se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ».

⁷⁶ Article 138 PPM 1^e, 2^e, 3^e : « Le contrôle judiciaire astreint l'inculpé à se soumettre selon la décision du juge d'instruction à une ou plusieurs des obligations ci-après énumérées : 1^o ne pas sortir des limites territoriales déterminées par le juge d'instruction ; 2^o ne pas s'absenter de son domicile ou de la résidence fixée par le juge d'instruction qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat ; 3^o ne pas se rendre en certains lieux ou ne se rendre que dans les lieux déterminés... »

⁷⁷ Article 138 PPM 4^e et 5^e : « se présenter périodiquement aux services ou autorités..., répondre aux convocations de toute autorité ou de toute personne qualifiée... »

⁷⁸ Article 139 CPPM 9^e « s'abstenir de recevoir ou de rencontrer certaines personnes spécialement désignées par le juge d'instruction, ainsi que d'entrer en relation avec elles, de quelque façon que ce soit ».

⁷⁹ Article 139 CPPM : « L'inculpé est placé sous contrôle judiciaire par une ordonnance du juge d'instruction qui peut être prise en tout état de l'instruction ».

⁸⁰ T. GARE, C. GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, op. cit., p. 336.

⁸¹ Article 140 CPPM : « Le juge d'instruction peut, à tout moment, imposer à l'inculpé placé sous contrôle judiciaire une ou plusieurs obligations nouvelles, supprimer tout ou partie des obligations comprises dans le contrôle, modifier une ou plusieurs de ces obligations ou accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles ».

une telle mesure pourrait être de nature à assagir le mis en liberté sous contrainte et l'obliger ainsi à respecter les mesures qui lui sont imposées. Enfin, l'effectivité du contrôle assuré par certains services, certaines autorités ou personnes garantirait le respect du contrôle judiciaire.

Cependant, la non limitation dans le temps du contrôle est à la limite inacceptable, même si, d'office ou sur demande du procureur ou de l'inculpé, la main levée peut être ordonnée. De même, de nos jours, de plus en plus, dans les sociétés développées, si le contrôle s'avère insuffisant, une assignation à résidence avec surveillance électronique peut être décidée. Une telle mesure a pour but de rendre la détention provisoire véritablement exceptionnelle. Il est donc indispensable que de nouvelles dispositions législatives puissent intervenir et envisager la surveillance électronique au Mali. Il s'agit là d'un grand défi à relever : celui du mariage entre le droit et les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Plutôt que de recourir à de telles mesures, les juges d'instruction maliens privilégient l'exception : la détention provisoire.

En plus du juge d'instruction, les règles procédurales en vigueur au Mali reconnaissent au procureur de la République des pouvoirs qui sont de nature à porter atteinte aux droits des personnes poursuivies. Pour y remédier, les dispositions du Code de procédure pénale ont prévu une autre alternative à la détention : *la médiation pénale*.

2 - *Le recours rarissime à la médiation pénale*

La médiation pénale est l'une des alternatives aux poursuites pénales en vue d'une réparation rapide et efficace des troubles causés à l'ordre public et à la victime. Elle constitue une nouvelle diplomatie particulière appliquée en matière pénale. C'est un nouveau mode de traitement des affaires qui résulte de la réforme du Code de procédure pénale institué par la loi du 20 août 2001 en son article 52. Cependant, il a fallu attendre très longtemps pour voir l'adoption du décret n° 06-18 P-RM du 13 avril 2006⁸². Ce qui a permis de faire ressortir les fondements et les infractions auxquelles s'applique la médiation pénale.

Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 52 dudit Code, le procureur de la République peut y recourir, en recevant les plaintes et dénonciations avec l'accord des parties⁸³ s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de

⁸² P-RM : Il s'agit d'un décret pris par le président de la République.

⁸³ En effet, l'article 52 du décret n° 06-18 P-RM du 13 avril 2006 dispose :Il peut, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de ne recourir à une médiation pénale s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction ».

mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. L'analyse de l'article susvisé laisse apparaître trois remarques :

1^e La médiation doit intervenir avant toute décision sur le sort de l'action publique, car celle-ci étant d'ordre public, une fois engagée, le ministère public ne peut y renoncer ;

2^e L'accord des parties est absolument nécessaire, voire incontournable ; Sans l'accord préalable des parties, celles-ci ou l'une d'entre elles pourraient se soustraire à toute décision prise par le médiateur ; 3^e La médiation doit nécessairement permettre d'atteindre un objectif essentiel de la politique pénale à savoir : mettre fin au trouble, réparer le dommage causé à la société et à la victime et contribuer à la resocialisation de l'auteur.

L'étendue du champ d'application de la médiation est si vaste que l'on pourrait l'envisager dans plusieurs cas de figure. C'est parce qu'elle représente la richesse d'une véritable discipline dans les ressources humaines à côté, par exemple de la sociologie du management ou de l'histoire, qu'elle est préférable à plusieurs autres formes de règlement des conflits.

Malgré cet état des faits, le législateur a écarté un certains nombre d'infractions telles que les délits sexuels, les atteintes aux biens publics, les crimes⁸⁴. Mais dans plusieurs autres cas, la médiation doit être le mode privilégié, notamment : les vols à l'étalement, les recels d'objets provenant de vols simples, le port et la détention d'arme d'une certaine catégorie, l'usage occasionnel de cannabis, l'intrusion illicite dans un établissement scolaire, la dégradation de biens privés, l'abandon de famille, les infractions de moyenne gravité commises dans le cadre des relations de travail, les appels téléphoniques malveillants et, enfin, les vols simples, escroquerie, abus de confiance⁸⁵.

En matière contraventionnelle, le procureur de la République peut, d'office, recourir à la médiation pénale (avec ou sans l'accord des parties). La mesure est semble-t-il privilégiée dans tous les types de contraventions, car elle permet d'éviter les procédures abusives et de désengorger les juridictions. L'avantage de la procédure de médiation est qu'elle peut être conduite par le procureur lui-même ou sous son contrôle, par un médiateur

⁸⁴ L'article 52 al. 2 dispose : « Toutefois, cette médiation ne pourra en aucun cas s'appliquer aux délits sexuels, aux infractions d'atteintes aux biens publics, ni aux crimes ».

⁸⁵ Cette énumération résulte d'un document de synthèse publié par le projet décennal de développement de la justice au Mali (PRO. D. E. J.). Ce projet a été institué depuis l'avènement de la démocratie au Mali. En effet, il s'agit de faire l'état des lieux de la justice, de dégager les véritables entraves, les difficultés de fonctionnement de l'administration de la justice et de proposer des pistes pour une solution durable, à travers les réformes, le recrutement et la formation du personnel.

pénal⁸⁶. La loi fait donc du procureur le premier médiateur. Ce qui se justifie pleinement. En effet, il est le représentant et le défenseur des intérêts de la société qui a souffert du fait de l'infraction. Mais, il est aussi et surtout chargé de veiller au respect de la loi par tous et, par conséquent, à sa bonne et stricte application. Il est donc le principal médiateur habilité à recourir à une telle procédure en fonction des circonstances de la cause et dans l'intérêt exclusif de la société et des parties.

La médiation peut sensiblement contribuer à la réduction des délais de jugement⁸⁷ et partant, au désengorgement des juridictions pénales. En ce sens, elle constitue un véritable facteur favorisant le respect du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il faut cependant noter que toute procédure de médiation n'aboutit pas forcément à un accord entre les parties. Dans tous les cas, à l'issue de la médiation, le procureur dresse un procès-verbal indiquant l'accord auquel elles sont parvenues. Il procède de même en cas de désaccord. En cas de succès de la médiation, le procès verbal établi par le procureur est signé par les parties dont copie sera annexée au dossier pour être transmis au tribunal aux fins d'homologation. Dans ce cas, le jugement d'homologation aura l'autorité de chose jugée et mettra ainsi fin au litige. En cas d'échec, la procédure suit son cours normal, conformément à l'article 13 du décret. L'échec n'étant pas souhaitable, il incombe au médiateur d'user de tous ses talents, de toutes ses ressources pour parvenir à un accord.

Les règles procédurales en vigueur admettent aussi que le procureur puisse désigner un autre médiateur en ses lieu et place, conformément à l'article 52⁸⁸ CPPM. Celui-ci exerce ses prérogatives sous le contrôle direct du procureur. Le médiateur peut être une personne salariée ou bénévole habilitée par le tribunal. Il peut, selon Bonafé Schmidt, être désigné par une association ou directement par le parquet⁸⁹. Son rôle doit être joué de manière impartiale. Il ne doit ni trancher de litige, ni déterminer une responsabilité. Il doit plutôt rechercher à amener les parties en conflits à renouer le dialogue rompu du fait de l'infraction, dans le strict respect des lois et règlements.

⁸⁶ L'article 4 du décret n° 06-168 PRM du 13 avril 2006 fixant les modalités d'applications de la médiation pénale au Mali dispose « La médiation pénale est conduite par le procureur de la république lui-même ou, sous son contrôle par un médiateur ».

⁸⁷ L'article 3 du décret d'application précise « la décision de recourir à la médiation pénale doit être prise par le procureur de la république dans le mois de la réception du procès verbal transmis par les officiers de police judiciaire... dès la réception des avis des différents parties en conflits, le procureur est tenu de procéder à la tentative de médiation dans un délai de 30 jours. »

⁸⁸ L'article 52 du Code de procédure pénale dispose : « le procureur de la république peut procéder lui-même à la médiation pénale ou délégué tout au partie de la tâche à un médiateur pénal. »

⁸⁹ Banafé SCHMIDT, *La médiation pénale en France*, Paris, P.U.F. ; 1998, p. 130.

Tout médiateur, pour être désigné, doit présenter un certain nombre de garanties énumérées à l'article 14 du décret d'application⁹⁰. Il doit veiller à ce que les parties ne passent des accords frauduleux ou ne fassent recours à des pratiques malsaines et être tenues au secret professionnel des affaires qui lui sont soumises. L'inobservation de cette obligation pourrait entraîner des sanctions à son égard. Les avantages de la médiation pénale, en dépit de son caractère nouveau au Mali, ne sont plus à démontrer. D'une part, elle offre des avantages économiques et d'autre part, des avantages sociaux. Du point de vue économique, elle est moins coûteuse que la procédure judiciaire classique. Du point de vue social, elle permet de maintenir les biens sociaux tout en donnant satisfaction à l'ensemble des parties. L'efficacité de la médiation pénale est aussi perceptible quant au sort de l'action publique et au regard de la finalité de la procédure. En cas de succès, l'action publique est définitivement éteinte. En l'espèce, si un juge d'instruction devait être désigné, l'instruction n'aurait simplement plus lieu. Dès lors, on ne saurait parler de mesures privatives de liberté. Mieux, tous les délais de procédure seront réduits au seul temps nécessaire au déroulement de la médiation. Or, indéniablement, la justice est lente et même trop lente au Mali : les délais de citation, ceux nécessaires à l'intervention des parties et de leur conseils, les procédures dilatoires et autres formes de renvois multiples à des audiences espacées en sont les raisons.

En tenant compte des intérêts de la société et des parties en conflit, à l'issue de la médiation, il peut être imposé à l'auteur de l'infraction d'accomplir un travail déterminé en faveur de la victime ou de la communauté⁹¹. En cela, la médiation apparaît comme une solution idoine, un mode de gestion positive du conflit. Issue intérieure pacificatrice, elle peut prendre, selon J. Faget, les formes les plus diverses, allant des excuses à la prise de conscience de sa responsabilité⁹² et la réparation du préjudice occasionné.

Il est, cependant, fort malheureux de constater que malgré toutes les perspectives qu'offre cette institution nouvelle, elle reste mal connue et peu usitée par les praticiens. En général, on y fait recours très rarement. L'explication est toute simple. D'abord, la loi instituant la médiation date de

⁹⁰ Article 14 du décret dispose : « le médiateur pénal doit présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité. Il doit être âgé de 40 ans au moins, jouir de ses droits civiques et civils, ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une déchéance ou d'une incapacité. Il ne doit pas exercer d'activité judiciaire à titre de profession, avoir de lien direct ou indirect de parenté avec l'une des parties et ne pas avoir servi sous les ordres de l'une des parties. »

⁹¹ J. P. JEAN, *La justice en perspectives, justice réparatrice, justice réparatrice*, Paris Ecole nationale de la magistrature, 2003, p. 145. P. MONETTE, *De la médiation comme règlement des conflits et de ses différentes applications*, Bruxelles, 2007, p. 27.

⁹² J. FAGET, « Médiation pénale et justice réparatrice dans le système pénal », *Dalloz*, 2004, p. 49.

2001 (la loi n° 01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale du Mali) alors que le décret fixant les modalités d'application est de 2006 (le décret n° 06-18-PRM du 13 avril 2006). Durant ce temps de flottement aucun magistrat ne pouvait engager une procédure de médiation, en raison de l'absence de tout cadre. On préfère procéder à un classement sans suite, en cas de réparation du préjudice.

Ensuite, les mécanismes de la médiation ne sont pas ou presque pas connus. La médiation n'ayant jamais été vulgarisée, les magistrats s'en méfient. Les justiciables, analphabètes dans la plupart des cas, perçoivent la médiation tantôt comme une insinuation tendant à les contraindre à accepter un compromis extérieur à leur volonté, tantôt comme un moyen de pression. Ce qui est de nature à bloquer toute initiative en la matière.

Enfin, si l'avènement et la pratique réelle de la médiation sont accueillis avec ferveur par les simples citoyens, les praticiens restent encore réticents. En effet, avec l'exercice de l'action publique, les procureurs et leurs substituts tiennent victimes, auteurs et complices dans un lien de soumission. Ces derniers, pour bénéficier d'avantages se voient obligés de payer. Avec la médiation c'est une véritable source d'enrichissement qui tarit. Dès lors, la procédure de la médiation n'est nullement souhaitable.

Cependant, l'habitude des magistrats de recourir systématiquement aux méthodes classiques doit être abandonnée au profit des nouvelles méthodes alternatives. Avec la ferme volonté de ne plus voir dans le procès pénal une arène de confrontations, une forme de vindicte, il sera possible d'offrir aux auteurs d'infraction, au passé pénal peu chargé une véritable chance de se resocialiser. La justice et toutes les institutions judiciaires en sortiront grandies. Les justiciables regagneront confiance, l'ordre et l'équilibre seront rétablis.

Le mépris des règles procédurales est renforcé par la constante violation des délais légaux.

II°- La violation des délais légaux

L'application des droits fondamentaux et garanties procédurales, comme le droit au respect de l'intégrité physique et morale, le droit à la défense au cours d'un procès pénal et le droit de toute personne interpellée d'être traduite devant un juge dans un bref délai et d'être jugée dans un délai raisonnable, souffre de sérieuses restrictions. Les délais légaux de garde-à-vue et de détention provisoire sont quasi systématiquement violés.

Le régime de privation de liberté au Mali ne respecte pas, à plusieurs égards, les normes et standards internationaux et nationaux applicables en matière de détention. Les lieux de garde-à-vue et les prisons sont caractérisés par la vétusté et l'exiguïté des locaux ainsi que par la surpopulation carcérale.

Ce qui porte atteinte au droit à la dignité des détenus. Dans certains lieux de garde-à-vue, les adultes et les mineurs ne sont pas détenus séparément. Il en va ainsi dans la plupart des prisons du pays où, prévenus et condamnés, adultes et mineurs, voire hommes et femmes sont détenus soit dans les mêmes cellules, soit dans les mêmes couloirs ou vérandas.

Cependant, de nombreux instruments conventionnels et non conventionnels relatifs aux droits de l'homme réglementent les conditions dans lesquelles un individu peut être privé de sa liberté, étant entendu que la liberté demeure le principe et la détention l'exception. Sur le plan conventionnel, la République du Mali a ratifié la plupart des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, notamment le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT), la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), et la convention relative aux droits de l'enfant (CDE). Elles consacrent toutes le droit à la liberté et à la sûreté de l'individu, un droit que les pouvoirs publics ne sauraient restreindre que dans les conditions et formes prévues par la loi. Les États parties à ces conventions ont non seulement l'obligation de respecter et de protéger les droits qu'ils garantissent, mais également de prévenir et de punir toute violation de ceux-ci. A ces obligations, s'ajoute celle de mettre en œuvre et de promouvoir ces droits.

Concernant le placement en détention, des règles et principes directeurs ont été adoptés par divers organes des Nations unies afin de guider les États dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales⁹³. A cet égard, il convient de citer « l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus⁹⁴ » (ensemble de règles minima) et « l'ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement⁹⁵ ».

De manière générale, le droit à la liberté et à la sûreté soustrait l'individu à l'arbitraire des pouvoirs publics. Il permet à toute personne privée de liberté de faire examiner la légalité de sa détention par un juge dans les plus brefs délais. Ce droit est consacré par le Code de procédure pénale en son article 76 qui réglemente strictement la garde à vue.

⁹³ Toutes les conventions et autres instruments relatifs aux droits de l'homme sont disponibles sur le site du Haut commissariat:<http://www2.ohchr.org/french/law/index.htm#instruments>.

⁹⁴ Adopté par le premier congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955, et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXI V) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

⁹⁵ Adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 43/173 du 9 décembre 1988.

La durée légale de la garde à vue est fixée à 48 heures⁹⁶. Ce délai est susceptible d'être prorogé à 72 heures à deux conditions. Il faut, d'une part, qu'il s'agisse d'une personne contre laquelle il existe selon la formule consacrée « des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation » ; d'autre part, que cette autorisation soit déferée par l'OPJ au procureur de la République qui est seul habilité à l'accorder.

Or, l'AMDH (Association malienne des droits de l'homme) a constaté que le délai légal des 48 heures est fréquemment violé par les OPJ, policiers comme gendarmes. A titre d'exemple, au commissariat du 10^e arrondissement, les 14 suspects présents lors de la visite de l' AMDH, en avril 2012, étaient tous en dépassement du délai légal. Le même constat a été fait dans les locaux de garde-à-vue des huit régions administratives du pays et du district de Bamako. Selon les inspecteurs Dembélé et Sissoko des 4^e et 10^e Arrondissements, le non respect des délais est très souvent imputable aux multiples interventions des parents des personnes gardées à vue.

A la lumière de tous ces éclaircissements juridiques, il est important de cerner les causes, sinon les facteurs favorisant ces violations (**A**), ainsi que les effets découlant de la violation des délais légaux (**B**).

A°- Les facteurs ou causes de violation des délais légaux

Il existe des facteurs objectifs qui favorisent la violation des délais légaux. Cependant, dans la plupart des cas, la violation des délais dans le contexte malien s'explique d'une part par les facteurs d'éloignement et de temps (*1*), et, d'autre part, par le manque, sinon l'absence d'autorité et de moyens (*2*).

1 - La violation des délais légaux résultant des facteurs d'éloignement et de temps

L'on ne saurait passer sous silence les efforts consentis par l'État malien pour rapprocher la justice du justiciable⁹⁷. Malgré cela, le juge malien demeure toujours éloigné du justiciable. En effet au Mali, il y a une inégale répartition de certaines juridictions sur le territoire⁹⁸. Nous pouvons parler d'une véritable centralisation. Les justiciables sont contraints de se déplacer

⁹⁶ Le législateur ne règle pas la question des arrestations opérées en dehors du ressort territorial de l'officier de police judiciaire lorsque celui-ci est appelé à se transporter dans un ressort limitrophe au siège soit à la suite d'une infraction flagrante, soit lorsqu'il agit sur commission rogatoire. A partir de quel instant la garde à vue commence-t-elle et fait-elle courir le délai de 48 heures ?

⁹⁷ Il y a au moins un TPI dans chaque arrondissement, un TGI dans chaque département et une Cour d'appel au niveau des provinces de la plus grande circonscription au Cameroun.

⁹⁸ René DEGNI SEGUI, *L'accès à la justice et ses obstacles*, p. 241-245.

avec tout le risque que cela comporte⁹⁹. Ils arrivent parfois quand le contentieux a déjà eu lieu.

C'est sans doute la persistance de ce phénomène déplorable qui a poussé le professeur Michel Sawadogo Filiga à envisager comme solution une décentralisation des juridictions¹⁰⁰ dans les États africains. Pour le professeur A. Vitu, l'idée du professeur Sawadogo Filiga est pernicieuse, car « la centralisation et l'unité sont les premières conditions du succès d'une juridiction car, comme l'a bien souligné un auteur, le cloisonnement territorial des autorités judiciaires et des services de police entraîne la multiplicité des procédures, la disharmonie des sentences rendues et finalement l'inefficacité de la répression »¹⁰¹.

L'auteur met ici en exergue le risque de disparition de l'unité de juridictions sur l'étendue du territoire national. En effet, la décentralisation organise sur le territoire national des circonscriptions administratives autonomes, c'est-à-dire au sein desquelles les populations ont des droits et une certaine capacité à décider d'« elles même de certaines affaires publiques, des affaires dites de proximité »¹⁰².

Une telle institution, n'est pour le moment pas souhaitable, d'autant plus que rien ne laisse entrevoir la mise en œuvre des régions créées par la loi constitutionnelle par suite de l'avis des autorités malientes. Une déconcentration serait donc appropriée, surtout que celle -ci est simple et vise tout simplement à répartir sur le territoire national les juridictions dans les circonscriptions administratives, prolongement vers la périphérie du pouvoir central¹⁰³. C'est sans doute ce que voudrait suggérer le professeur Sawadogo Filiga.

Le législateur malien a cru devoir résoudre le problème en créant dans chaque région des tribunaux administratifs. Mais ils sont jusqu'à présent ineffectifs. La portée de l'œuvre de décongestion des tribunaux est limitée par une loi d'application introuvable qui permettrait aux institutions de fonctionner pleinement. L'autre fait majeur est la retombée de l'éventuel recours en cassation exercé devant la Cour d'appel. Une affaire cassée peut être renvoyée devant une autre Cour d'appel plus éloignée que celle de la circonscription du justiciable. Celui-ci se voit de ce fait contraint de débourser de l'argent supplémentaire pour le voyage et parfois l'hébergement.

⁹⁹ Il y a au moins un TPI dans chaque cercle, 3 Cours d'appel au niveau des régions.

¹⁰⁰ Michel SAWADOGO FILIGA, « L'accès à la justice en Afrique Francophone, Problèmes et perspectives : le cas du Burkina Faso », in *l'Effectivité des droits fondamentaux dans les pays d'Afrique noire francophone*, p. 295-309.

¹⁰¹ A. VITU, « Une nouvelle juridiction d'exception : la Cour de sûreté de l'État », RSC, 1994, p. 1 (cité par Adolphe MINKOA SHE, *op. cit.* p. 252).

¹⁰² Charles NACH MBACK, « L'institution communale au Cameroun, difficile mutation d'un double legs colonial ? », in SOLON, *op. cit.*, p. 128-154.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 128-154.

Un coût qui vient s'ajouter à celui du procès qui est déjà pour le justiciable une véritable gageure.

Deux périodes caractérisent le temps de la réponse pénale. La première est celle pendant laquelle une telle réponse peut être apportée à un comportement délictueux : le législateur a prévu une durée au terme de laquelle l'action publique est prescrite. La seconde est celle de la mise en œuvre de la réponse pénale, c'est-à-dire du traitement des affaires pénales. La lenteur de la justice et l'absence de répression d'une infraction sont de moins en moins bien acceptées. Face à l'évolution de la société et des attentes des justiciables, il est légitime de modifier les règles de droit. Toutefois, les réformes se multiplient à un point tel que l'analyse de la procédure pénale contemporaine montre un véritable éclatement du temps de la réponse pénale, c'est-à-dire une rupture de l'unité des règles prévues par la loi. Pour que la matière retrouve cohérence et lisibilité, une approche unitaire doit être envisagée : le juste temps de la réponse pénale doit être recherché.

2 - La violation résultant de l'absence d'autorité et de moyens

Aujourd'hui, nous constatons que le nombre de magistrats est très réduit par rapport aux besoins de justice qu'attendent les citoyens. L'absence d'autorités judiciaires est une réalité entraîne la violation des délais légaux. Cette triste réalité est exacerbée par l'explosion de la violence suite à l'occupation des régions septentrionales du Mali. L'implantation de la charia par les djihadistes dans les régions du nord a eu pour conséquence la désertion des services administratifs et judiciaires desdites régions. Les incursions des mouvements rebelles dans certaines parties de la région de Mopti¹⁰⁴, la fuite, voire l'abandon des lieux par les différentes autorités a engendré un vide. La justice est totalement absente, les audiences ne sont plus tenues. Aucune solution de substitution n'a été envisagée. Cet état de fait a fait que la justice n'est plus rendue dans ces quelques régions administratives.

La signature des accords de paix le 20 janvier 2015 à Bamako entre les différents mouvements et l'Etat permettra le rétablissement de l'autorité de l'Etat et le retour de la justice. A cela s'ajoute l'insuffisance du personnel qui revêt un double sens. Il s'agit d'un manque qualitatif et quantitatif du personnel. Au sens quantitatif, les magistrats sont en nombre insuffisant¹⁰⁵. Pour tout le Mali l'Institut national de formation des magistrats ne recrute que

¹⁰⁴ Mopti est la 5^e région administrative du Mali. La proximité de cette région avec celle de Gao et de Tombouctou entraîne de fréquentes incursions rebelles sur ce territoire qui, en fait, ne fait pas partie du territoire de l'AZAWAD, conformément aux revendications des djihadistes.

¹⁰⁵ René DEGNI SEGUI *op. cit.*, p. 45.

55 magistrats tous les deux ou trois ans¹⁰⁶. Pourtant chaque année, il y a des décès et des départs à la retraite au sein du service public de la justice. Ce qui crée un vide que le recrutement tardif des nouveaux magistrats ne peut combler. On assiste à un engorgement du prétoire. Les magistrats en fonction sont parfois débordés et préfèrent classer les dossiers sans suite sans que, pourtant, ce classement profite à la personne détenue.

Dans le sens qualitatif, l'on note une absence de spécialisation des magistrats. Elle contribue à la léthargie des contrôles au niveau des centres de détentions, où les seuls magistrats de formation ordinaire se démultiplient. L'on doit noter ici l'absence dans la législation malienne du juge des libertés et de la détention. Le manque de moyens appropriés à la disposition du personnel de la justice et de la police entraîne également des cas de violations des délais. Leur travail à la chaîne est une méthode de travail traditionnelle héritée du taylorisme. Il constitue *grosso modo* les véritables causes de violation de ces délais. Une absence d'autorité remarquée dans un tribunal est une source de lenteur et n'est plus adaptée à notre époque. Le respect du délai commande que ce travail répétitif et abrutissant soit remplacé par la mise en place de cellules qui traitent un dossier depuis son introduction jusqu'à l'audience, une belle organisation qui responsabilise tous les acteurs, renforce l'esprit d'équipe et accroît les motivations pour la bonne justice. Cette organisation interne à la justice peut réduire les dysfonctionnements dus à une mauvaise organisation de la justice par l'État.

B - Les effets de la violation des délais légaux :

Les décisions de placement en détention provisoire et les violations des délais légaux, ont nécessairement un impact sur les personnes placées en détention et sur les centres de détentions. On constate un engorgement indescriptible et inacceptable. Ici, c'est dire que l'impact de la violation des délais est caractéristique à ces deux niveaux. Sur la personne détenue, la violation des délais peut entraîner un trouble psychique (1), tandis qu'au niveau des centres de détention, on peut constater un engorgement inqualifiable (2).

1 - La violation des délais : facteur de trouble psychique sur la personne détenue

« La détention préalable inflige un mal réel, une véritable souffrance, à un homme qui non seulement n'est pas réputé coupable mais qui peut être

¹⁰⁶ Les élèves magistrats reçoivent deux ans de formation à l'Institut national de formation judiciaire, où ils suivent des cours théoriques et pratiques. La majeure partie des enseignants sont des praticiens. A l'issue de cette formation, ils sont répartis dans les différentes juridictions en vue d'un stage pratique qui dure entre 6 mois et un an.

innocent, et le frappe, sans qu'une réparation ultérieure soit possible, dans sa réputation, dans ses moyens d'existence, dans sa personne »¹⁰⁷. Si les choses ont changé en matière de réparation, il n'en reste pas moins que la détention provisoire peut avoir un réel impact sur le psychisme de la personne mise en examen. Là encore, il faut distinguer selon que la personne a reconnu les faits dans lesquels elle est impliquée ou non.

Dans l'hypothèse où la personne nie toute implication, la souffrance sera accentuée, l'attente étant insupportable et le sentiment d'avoir déjà été condamné prégnant. Il est effectivement difficile pour une personne qui clame son innocence d'être maintenue en détention. Il faut partir du postulat que lorsque la juridiction de jugement rend une décision sur la culpabilité, celle-ci, outre la force de vérité juridique, doit être considérée comme une vérité absolue. Il en résulte que certaines personnes bénéficient d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement et sont donc innocentes. Parmi ces innocents reconnus en 2005, 613 étaient en détention provisoire¹⁰⁸. Ils peuvent alors prétendre à une indemnisation pour le préjudice qu'ils ont subis. Mais le mal est fait et le tort causé à la psychologie de l'intéressé demeure à jamais.

En effet, l'article 149 du Code de procédure pénale prévoit une indemnisation du préjudice moral et matériel causé par la détention injustifiée d'une personne mise en examen qui a, par la suite, bénéficié d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. L'octroi de cette indemnisation est cependant conditionné et ne peut intervenir si la décision est uniquement fondée sur une amnistie, la prescription de l'action publique ou le fait que la personne ait été déclarée pénalement irresponsable. Elle n'est pas due non plus lorsque la personne a fait l'objet d'une détention provisoire en raison de ses déclarations mensongères tendant à se présenter comme coupable ou à se laisser accuser à tort dans l'objectif de laisser s'échapper le véritable auteur de l'infraction.

2 - *La violation des délais : facteur d'engorgement des centres de détention*

Selon le rapporteur spécial de la commission africaine sur les prisons et les conditions de détention en Afrique, il peut arriver souvent que, la durée de la détention excède six ans dans certains pays. Au Mali, il note dans son rapport que 80 % des détenus de la prison centrale de Bamako sont en attente de jugement et ce chiffre pourrait monter à 90 % dans d'autres prisons. Ainsi, la détention provisoire participe largement à l'augmentation de

¹⁰⁷ Hélie FAUSTIN, *Traité d'instruction criminelle*, IV, n° 1948.

¹⁰⁸ *Annuaire statistique de la détention provisoire*.

l'effectif carcéral. Mieux, elle est la cause principale de ce phénomène au Mali comme l'attestent les chiffres évoqués.

Selon Mr Djibril Kané, la situation des autres centres de détention n'est guère plus reluisante. Au centre de détention pour femmes de Bollé, 9 % des détenues ne sont pas encore jugées¹⁰⁹. Au centre de détention pour mineurs toujours à Bollé, 98,57 % de la population carcérale est constituée de prévenus. D'après le rapport présenté par M. Kané, le taux de détention provisoire au Mali est donc très important. Sur l'ensemble du territoire, il est de 70,59 % contre seulement 29,41 % de condamnés¹¹⁰.

La situation n'est d'ailleurs pas plus enviable dans d'autres pays. D'après les statistiques de la prison centrale de Yaoundé, sur une population carcérale de 2 346 personnes 1 536 sont des détenus provisoires, soit près des deux tiers des personnes incarcérées¹¹¹.

On voit donc que le non respect des délais de détention constitue l'une des principales causes du surpeuplement carcéral au Mali.

*
* *

Force est de constater qu'au Mali, il n'existe aucun remède efficace contre les abus et autres formes d'arbitraire commis par les enquêteurs et magistrats instructeurs à l'occasion des actes de procédure exercés par eux. La seule réparation réside dans l'octroi de dommages et intérêts, ce qui n'est de nature ni à prévenir une telle violation ni à la faire cesser. Au Mali, la situation est de très loin plus favorable aux justiciables, puisque, d'une part, l'irrecevabilité des poursuites pénales peut, en théorie, être prononcée sur le fondement de l'atteinte au délai raisonnable, soit par les juridictions d'instruction, soit par les juridictions du fond.

De plus, les juridictions civiles peuvent être saisies sur le fondement de l'article 1382 du Code civil français pour allouer des dommages et intérêts pour les violations constatées, en particulier, au stade préliminaire du procès. Ce qui tout de même ne semble pas pouvoir empêcher les juridictions du fond, statuant en matière pénale, de prononcer une réduction de peine, voire une simple déclaration de culpabilité.

Néanmoins, ce système a également ses limites puisqu'il conditionne l'irrecevabilité des poursuites à une atteinte irrémédiable aux droits de la défense ou à la possibilité d'administrer la preuve. Or, dans les cas les plus

¹⁰⁹ Djibril KANE, *La détention provisoire et l'engorgement des prisons au Mali*, rapport présenté lors de la rentrée solennelle des cours et tribunaux de l'année judiciaire 2004-2005, p. 8.

¹¹⁰ Djibril KANE, *La détention provisoire et l'engorgement des prisons au Mali*, *op. cit.* p. 8.

¹¹¹ Solange NGONO, *Le procès pénal camerounais au regard des exigences de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, thèse, l'Harmettan 2010, p. 241.

graves, on ne saurait se contenter d'un système qui n'applique pas une sanction radicale telle que l'irrecevabilité des poursuites pénales, notamment lorsque la durée est si longue qu'elle est *ipso facto* excessive.

Dans de pareils cas, en particulier en matière pénale, l'État devrait être sanctionné de manière efficace pour n'avoir pas su mener une procédure à son terme, une personne inculpée n'ayant pas à subir plus que ce qui est nécessaire pour être fixée sur son sort, en particulier en raison du fait qu'elle est présumée innocente. Comme en matière de prescription de l'action publique, il serait fortement souhaitable que l'inertie des parties poursuivantes soit sanctionnée par l'extinction des poursuites pénales. Ce serait le triomphe de la justice et des justiciables.

L'ARBITRAGE OHADA, UN INSTRUMENT DE PAIX EN MATERIE D'AFFAIRES !¹

**Robert Nemedeu,
agrégé des Facultés de droit
Université de Yaoundé II**

D'une manière générale, il est opportun de s'interroger sur « Quelle paix pour l'Afrique au XXI^e siècle ? ». La réponse à cette question appelle, au préalable, à préciser la notion de paix elle-même car elle peut revêtir plusieurs acceptations. Il serait plus simple de percevoir par là, uniquement une paix consécutive à un conflit armé, qui peut être interne à un pays africain ou inter-pays africains². La paix serait-elle comparable à un repos du guerrier, ou sous une forme plus raffinée, d'adieu aux armes³ ! Etymologiquement parlant, la paix renvoie à un état de quiétude. Cette quiétude peut être un état dans lequel on se sent en harmonie avec sa conscience (paix spirituelle)⁴.

Il y a aussi une interaction entre la paix et le développement du business. Autant, la paix en est un facteur de développement, autant un environnement de bonnes affaires est un catalyseur de paix (paix par l'économie ou de paix économique). La paix peut donc succéder à l'arrêt d'un conflit armé, de même qu'elle peut découler de la création d'un ordre juridique sécurisant.

Surfant sur la bande de la sécurité juridique, les concepteurs de l'OHADA en ont fait leur cheval de bataille. Ils étaient parvenus à la conclusion selon laquelle, la sécurisation des affaires dans l'espace OHADA était devenue une nécessité incontournable et l'atteinte de cette paix économique devait passer par un dispositif juridique efficace et efficient, dont l'arbitrage. Les penseurs de l'OHADA ont eu le doigté, non seulement d'adopter tout un acte uniforme sur l'arbitrage, mais aussi de faire de la CCJA à Abidjan une chambre d'arbitrage.

Mais qu'est-ce l'arbitrage ? En quoi l'arbitrage peut-il être un catalyseur de la paix en Afrique au XXI^e siècle ? Le thème de réflexion proposé à

¹ Cet article est tiré d'une communication faite à l'occasion du colloque du Centre de droit international et communautaire (CEDIC) de la Faculté des sciences juridiques de l'Université de Yaoundé II, du 19 au 20 juillet 2006 sur le thème : « Quelle paix en Afrique au 21^e siècle ? ».

² Les conflits des grands lacs par exemple.

³ Titre d'ouvrage d'Ernest HEMINGWAY, *L'adieu aux armes*, paru après la deuxième guerre mondiale.

⁴ Selon les croyants, seul Dieu est à même de juger du sérieux le jour du jugement dernier.

Charles Jarrosson comme sujet de thèse de doctorat d'Etat en droit, intitulé « La notion d'arbitrage »⁵, a révélé la difficulté de passer de l'idée d'arbitrage à la notion juridique d'arbitrage. L'idée d'arbitrage, déjà très riche de multiples emplois dans nombre de matières où elle exprime toutes sortes de nuances, est également sous-jacente à différentes catégories juridiques, au point qu'elle brouille leurs frontières respectives. Généralement, l'arbitrage est entendu, au sens vulgaire, d'opinion communément, sinon confusément, partagé. La notion évoque l'image d'une intervention tierce dans le dénouement ou la régulation d'une situation ou d'une institution.

Si l'on dépasse cette première approximation pour identifier la notion d'arbitrage avec l'idée de règlement d'une difficulté (ce qui écarte de son champ certaines interventions tierces de type purement technique ou para-juridique), l'analyse se trouve alors orientée vers la perspective de la pacification et de la conciliation chère à René David⁶. Charles Jarrosson a dû dégager le concept d'arbitrage des notions voisines telles que l'expertise, la transaction, la médiation et se pencher sur l'irritante dualité de l'arbitrage juridictionnel et l'arbitrage contractuel, ce qui l'a amené à approfondir la notion d'acte juridictionnel à la lumière de l'évolution contemporaine de l'office du juge, tant en procédure civile que dans le droit substantiel. Il voit alors dans l'arbitrage, l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci.

L'arbitrage fascine car très riche d'une longue histoire. Connu dès l'Antiquité, il a été aussi pratiqué dans les sociétés traditionnelles, au sein des communautés rurales, marchandes ou territoriales et la Révolution française dans ses premiers moments lui voua une dilection particulière. Mais c'est essentiellement au XX^e siècle, et principalement depuis les années cinquante, qu'à la faveur d'un exceptionnel développement des relations économiques, l'arbitrage devait connaître un prodigieux essor. Les litiges internationaux considérables, restés célèbres, mettant en cause des intérêts pétroliers ou industriels, tranchés par de grandes personnalités du monde universitaire, judiciaire ou économique, créèrent autour de l'arbitrage un climat très favorable à son épanouissement et accréditèrent l'idée qu'il *représentait un moyen essentiel de la noble ambition de réaliser « la paix par le droit »*⁷ dans un monde complexe et divisé.

Il est vrai que cette ère est aujourd'hui révolue. En s'universalisant à l'ensemble de la planète, l'arbitrage s'est banalisé, affadi, voire même altéré,

⁵ M. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

⁶ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF 1998, p. 15.

⁷ B. OPPETIT, *op. cit.* 10.

en s'éloignant de ses origines, désormais à l'abri des menaces planant sur sa survie et au contraire fort prisé, tant des gouvernements que des cercles économiques, très bien en cours dans le milieu judiciaire, il est devenu un rouage clé des institutions de la société marchande : il existe à présent un véritable marché de l'arbitrage, dans tous les sens du terme.

En conséquence, le droit de l'arbitrage est devenu un droit de solutions, axé principalement sur la traduction d'intérêts matériels et a quelque peu perdu son caractère méthodologique ; par suite, les discussions doctrinales, pour leur grande part, gravitent autour des questions très concrètes. Dans un climat général de plus en plus délétère, sur fond de corruption et de manquements répétés à la déontologie des affaires, les procédures arbitrales subissent un alourdissement et un renchérissement très sensibles. Les manœuvres déloyales se développent et la bureaucratisation des grandes institutions d'arbitrage s'accentue. Les manifestations et congrès divers abondent mais, loin d'être des lieux de réflexion, ils ne constituent plus guère que de forums commerciaux où règne une âpre concurrence entre « marchands de droit »⁸, avides de se saisir de la manne, et où s'épanouit l'autopromotion publicitaire : dans l'atmosphère d'utilitarisme qui entoure l'activité juridique des temps modernes, l'arbitrage, comme le droit lui-même plus généralement, est-il condamné à n'être plus qu'un produit marchand ?

Il faut reconnaître, en dépit du halo de brume dans lequel l'arbitrage baigne parfois, qu'il est l'expression d'un réel besoin de la société économique et d'une utile diversification des modes de règlement des différends, autorisant des solutions plus adaptées aux nécessités du temps.

L'OHADA a vite compris l'urgence de ce message et a accordé à l'arbitrage une place de choix dans le préambule du traité. Non seulement, les parties signataires s'engagent à promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlements des différends contractuels, aussi elles prévoient des dispositions substantielles à l'arbitrage. A ces premières dispositions, viennent s'ajouter celles de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, du règlement d'arbitrage et d'autres actes uniformes faisant incidemment allusion à l'arbitrage.

Toutefois, l'idée d'une justice qui réconcilie n'est pas nouvelle en Afrique ; la sagesse ancestrale a toujours commandé l'expression d'une justice qui favorise l'apaisement. Avant l'OHADA, l'arbitrage apparaissait en filigrane dans les législations de certains Etats africains, qui avaient par ailleurs ratifié différentes conventions internationales sur les questions d'arbitrage et des centres d'arbitrage⁹.

⁸ Cf. DEZALEY, *Les marchands de Droit*, Fayard, 1992.

⁹ On peut citer le centre d'arbitrage du GICAM, le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar (CCIAD) et la cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire.

Parler d'arbitrage comme un catalyseur de la paix économique en OHADA reviendrait, d'une part, à extraire des fondements ou « fondations »¹⁰ de l'arbitrage, en général, certains de ses aspects qu'ont pourrait qualifier d'atouts intrinsèques (voire congénitaux) de l'arbitrage ; d'autre part, la question de l'application effective des sentences permet de mesurer l'efficacité d'un mode de règlement de conflit, qu'il soit étatique ou alternatif comme l'est l'arbitrage OHADA. C'est le lieu de relever la spécificité de la CCJA en la matière. Elle a une double casquette : elle est en même temps un centre d'arbitrage et une cour judiciaire contrôlant la régularité des sentences et délivrant l'*exequatur*.

Ceci a suscité des inquiétudes par rapport à la mission sécurisante de l'arbitrage. L'évolution contemporaine de l'arbitrage se caractérise par l'affirmation de l'autonomie et l'indépendance de l'arbitrage à l'égard de la justice étatique. Ce mélange fait par la CCJA peut rebuter les opérateurs économiques qui voient dans l'arbitrage un moyen de soustraire leurs différends à la justice étatique. Pourtant, en même temps, elle donne aux sentences arbitrales une effectivité qui crédibilise l'arbitrage OHADA. D'où la question légitime de savoir si la CCJA pérennise la fonction sécuritaire de l'arbitrage en matière d'affaire ?

On peut répondre par l'affirmative sous deux angles : d'une part, au regard de la valorisation des atouts intrinsèques à l'arbitrage ; d'autre part, du fait de la contribution originale de la CCJA à la sécurisation des affaires en Afrique.

I – La valorisation des atouts intrinsèques à l'arbitrage OHADA

Lorsqu'on recourt à l'arbitrage, c'est bien évidemment pour obtenir justice, celle qui ne répond pas aux exigences de la justice étatique. C'est d'ailleurs pourquoi on a très souvent justifié l'essor de la justice arbitrale à travers les imperfections voire les limites de la justice étatique. Il ne serait pas hâtif d'affirmer que l'arbitrage dans sa globalité peut déjà être présenté comme un instrument de sécurité des affaires. Pour preuve, le législateur OHADA soumet tous « différends d'ordre contractuel » à arbitrage, tranchant ainsi le débat sur l'exigence d'une réserve de commercialité (art. 21 du traité OHADA). La seule restriction au domaine de l'arbitrage reste celui du « *droit dont on a la libre disposition* ». *Par ailleurs, le législateur OHADA innove en donnant la faculté à « toute partie à un contrat » de recourir à l'arbitrage (personne morale de droit privé ou de droit public)*¹¹.

¹⁰ P.-G. POUGOUE, J.M. TCHAKOUA, A. FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, PUA 2000, p. 35 à 162.

¹¹ Sur l'ensemble de la question, R. NEMEDEU, « La recherche du critère d'arbitrabilité des litiges concernant les personnes morales de droit public » : *Revue Africaine des Sciences*

On ne saurait, toutefois, ne convoquer que quelques uns des atouts : la part prépondérante des parties dans le règlement arbitral ; le statut de l'arbitre et la confidentialité du processus.

A - Une part prépondérante des parties dans le déroulement du règlement arbitral OHADA

Le principe qui inhibe l'arbitrage en général est celui selon lequel, ce sont les parties qui décident, à titre préventif (clause compromissoire) ou à titre curatif (compromis), de soumettre leur différend à la justice arbitrale¹². Fort de cette autonomie de la volonté, les parties peuvent choisir les règles applicables au règlement du litige. Cependant, par un effet a contrario, la convention d'arbitrage produit des effets à l'égard des parties elles-mêmes.

1 - L'autonomie de la convention d'arbitrage OHADA

L'idée de base est que l'arbitrage se tient suivant les règles choisies par les parties. Pour respecter alors leur volonté, la convention d'arbitrage est dite autonome, c'est-à-dire, telle que les parties ont voulu. Cette autonomie s'apprécie à deux niveaux : par rapport à toute loi étatique et par rapport au contrat principal. La question de l'autonomie de la convention par rapport à toute loi étatique est tranchée par l'art. 4 AUA qui pose de façon sentencieuse que la validité de la convention d'arbitrage est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence à un droit étatique. Cet article ne consacre aucune limite à l'autonomie, contrairement à larrêt Dalico¹³ du droit français, qui réserve les règles impératives du droit français et l'ordre public international.

L'autonomie de la convention par rapport au contrat principal voudrait que la validité de la décision des parties de recourir à l'arbitrage ne soit pas affectée par le sort qui pourrait être réservé au contrat principal, par exemple, en cas de nullité de celui-ci. Cette solution est d'un intérêt pratique indéniable : elle empêche toutes les manœuvres dilatoires qu'une des parties à la convention d'arbitrage pourrait être tentée d'entreprendre pour retarder la tenue de la procédure arbitrale. La convention d'arbitrage sera appliquée même dans l'hypothèse où le contrat principal n'a pu entrer en vigueur, le

Juridiques (RASJ), vol. 6, n° 1, 2009 ; RRJ (Revue Droit prospectif) 2010-1, p. 428 et s ; Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA (Collection Horizons Juridiques Africains), Vol. 1, PUAM 2010, p. 505.

¹² Fort de ce principe, lorsque le juge considère que la convention d'arbitrage sous tendant la sentence arbitrale en cause, ne découle pas d'un accord entre les deux parties, il la déclare nulle et non avenue (CA Bafoussam, n°2 du 12 mars 2008, affaire Sté British American Tabacco c/ Ritz Palace Night), Jurisprudences nationales OHADA 2 décembre 2010, n° 7CM251, p. 323.

¹³ Cass. 1^{ère} 20 décembre 1993, Rev. arb. 1994, 116.

différend qui oppose les parties étant liée à sa conclusion¹⁴. L'art. 10.4 du règlement d'arbitrage de la CCJA pousse plus loin ce pragmatisme, en autorisant le juge, lorsqu'il constate lui-même la nullité ou l'inexistence du contrat principal, à déterminer les droits respectifs des parties et à statuer sur leurs demandes et conclusions.

2 - *La force obligatoire de la convention d'arbitrage OHADA*

En tant que contrat, la convention d'arbitrage a une force obligatoire à l'égard des parties et des tiers. A l'égard des parties, la convention d'arbitrage produit deux effets complémentaires : positivement, elle fait obligation aux parties de recourir à l'arbitrage ; négativement, elle leur interdit de saisir les juridictions étatiques. L'obligation de saisir ici la juridiction arbitrale voudrait qu'en cas de litige, chacune des parties puisse saisir la juridiction arbitrale, et l'autre partie qui y serait attirée se verrait dans l'obligation de s'y présenter, faute de quoi, la procédure se poursuivrait malgré son abstention. Quand bien même les circonstances ayant présidé à la conclusion d'une convention d'arbitrage auraient changé, la *lex mercatoria* préférera s'en tenir à l'adage « *pacta sunt servanda* », bien connue en matière internationale.

L'intérêt de cette disposition réside dans la sanction du refus de recourir à l'arbitrage¹⁵. Il arrive très souvent, après la conclusion d'une convention d'arbitrage, que l'une des parties invoque un privilège ou une immunité de juridiction. Une telle prétention n'a pas de chance de prospérer aujourd'hui, en raison de l'ouverture, sans réserve, de la voie arbitrale aux personnes morales de droit public¹⁶.

L'obligation faite aux parties de déférer le différend au tribunal arbitral ne peut être efficace si on ne leur interdit pas, en même temps, de saisir le juge étatique désormais incompétent. C'est ce que prévoient les articles 13 et 23 AUA. Les juges de l'espace OHADA font de plus en plus une application

¹⁴ Cass. Civ. 6 déc. 1988, Navimpex, *Rev. arb.* 1989, 641, note Goldman.

¹⁵ Si on laisse de côté les difficultés d'évaluation des dommages et intérêts dans ce cas de figure, il faut dire que la sanction de l'article 1142 Code civ. « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution » n'est pas applicable ici car, il faudra recourir au juge étatique.

¹⁶ Bien avant, on considérait que la conclusion de la convention d'arbitrage devait être vue comme une renonciation à un privilège de juridiction, ou à une immunité de juridiction. La conclusion d'une convention d'arbitrage par l'Etat ou par l'organisme bénéficiaire de l'immunité devait s'analyser comme une telle renonciation. Et d'ailleurs, on avait déjà souligné que la question de l'immunité de juridiction des Etats ne visait que l'interdiction de soumettre un Etat aux juridictions d'un autre Etat. Sur l'ensemble de la question, P. BOUREL, « Arbitrage international et immunité des Etats étrangers. A propos d'une jurisprudence », *Rev. arb.* 1982, 119.

stricte de ce principe¹⁷ au point que la décision dans l'affaire « Sociétés Reemtsa Cigaretten c/ Sitabac » n'est plus qu'un triste souvenir¹⁸. Alors que le principe de l'incompétence des juridictions étatiques pour statuer sur un litige soumis à l'arbitrage avait été soulevé, pour retenir sa compétence, le juge de référé affirmera que le litige a trait à la suspension du contrat et non à son interprétation ou à son exécution.

Et lorsque la juridiction arbitrale n'est pas encore saisie, la juridiction étatique doit se déclarer incomptente sauf cas de « nullité manifeste » (nullité qui s'apprécie sans examen approfondi) de la convention d'arbitrage (art. 13 al. 2). En revanche, on reconnaît la compétence de la juridiction étatique malgré l'existence d'une convention arbitrale en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent (art. 13 al. 3 AUA).

3 - Les règles applicables au règlement du litige

L'autonomie de la volonté trouve encore un terrain de prédilection ici. Les parties, en principe, ont la latitude de choisir la loi applicable à la procédure et au fond du litige. Aux termes de l'art. 14 al. 1 AUA, « Les parties peuvent directement ou par référence à un règlement d'arbitrage régler la procédure arbitrale ; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix ». Selon ce principe, les parties ont la latitude de régler intégralement l'ensemble des dispositions à appliquer par l'arbitre pour la procédure arbitrale. Pour éviter les risques d'incohérence et d'oubli, en pratique, elles adoptent plutôt des règles dérogatoires à un ensemble auquel la procédure est globalement soumise.

Lorsque les parties choisissent de soumettre la procédure arbitrale à une loi étatique, cela peut avoir un grand avantage. Mais il faut déterminer avec précision la loi applicable à la procédure et celle applicable au fond. Toutefois, lorsqu'elles ont renvoyé à une loi étatique sans autre précision, on

¹⁷ CA Ouagadougou, n° 116 du 19 mai 2006, affaire Kabore Henriette c/Société Sahel Cie (pour confirmer l'incompétence des juridictions étatiques, la Cour relève que les parties ont eu l'intention de privilégier la voie de l'arbitrage et ont voulu ne saisir les juridictions étatiques « qu'en dernier ressort »), Jurisprudences nationales OHADA, n° 2, décembre 2010, n° 7BF254, p. 331 ; Le TGI de Yaoundé, dans l'affaire Shell-Cameroun c/ SODECAO en a fait une parfaite application de ce principe en relevant que « *la clause compromissoire implique renonciation des parties à la juridiction des tribunaux ordinaires....le contractant qui est assigné devant une juridiction ordinaire par son adversaire au mépris de ladite clause peut soulever l'exception d'incompétence* »(Jugement n° 407 du 24 mai 1999, Juridis Périodique, n° 37, p. 21, note Ipanda).

¹⁸ CA Douala, arrêt n° 39/REF du 08 janvier 1997, Juridis Périodique n° 43, obs. J.M. TCHAKOUA.

interprète comme une attribution de compétence pour le tout, c'est-à-dire, pour le fond et pour la procédure. Mais si les parties n'ont rien prévu en ce qui concerne la loi applicable à la procédure arbitrale, l'art. 14 al. 2 AUA dit expressément que « le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié », tranchant ainsi dans le sens contraire de la conception ancienne qui soumettait la procédure à la loi du siège arbitral.

En ce qui concerne les règles applicables au fond du litige, l'art. 15 AUA prévoit « les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux *règles de droit* désignées par les parties ou à défaut choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu le cas échéant des usages du commerce international ». La seule limite à cette volonté des parties est le respect de l'« ordre public international des Etats signataires du traité OHADA », même comme on peut relever une formulation différente dans l'art. 30.6 du règlement d'arbitrage CCJA, qui parle d'« ordre public international », ce qui ne peut être qu'une erreur de rédaction.

L'expression « règles de droit » est volontairement large et implique que les parties et les arbitres (en cas de silence des parties) peuvent choisir un droit étatique avec toutes ses composantes que sont la loi, la coutume et la jurisprudence, mais encore qu'elles peuvent choisir des règles transnationales souvent appelées *lex mercatoria*. Les parties peuvent même autoriser l'arbitre à statuer en amiable compositeur. Toutefois, faisant fi du débat entre amiable composition et équité, il faut comprendre que « la clause d'amiable composition donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise du droit sur le litige au profit d'autres facteurs et permet de soustraire des situations de fait qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application des règles rigides »¹⁹.

B - Le statut de l'arbitre OHADA

La justice arbitrale est animée par les arbitres, l'acteur central. L'arbitrage étant une justice conventionnelle, il est loisible aux parties d'exiger des arbitres telle ou telle qualité, en particulier des qualités de compétence. De l'autre côté, il est garanti dans l'exécution de sa mission par une immunité, ce qui donne à l'arbitrage OHADA toute sa crédibilité.

I - L'exigence des qualités

L'art. 6 AUA résume en disposant que « la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique. L'arbitre doit avoir le plein exercice de ses droits civils, demeurer indépendant et impartial vis à vis des parties ». L'indépendance et l'impartialité qui sont exigées de l'arbitre en droit

¹⁹ La formule est extraite de la sentence CCI n° 3327 (1981), *JDI*, 1982, 971.

OHADA sont deux qualités qui sont certes liées mais qui ne se recoupent pas intégralement. L'impartialité est une notion plus psychologique que factuelle. Elle désigne un état d'esprit fait d'ouverture et d'absence de préjugés.

L'indépendance est une qualité plus objective que factuelle. Elle recouvre, en effet, des situations objectives d'absence de relations de parenté, d'alliance, de travail, de collaboration entre l'une des parties ou un conseil de l'une des parties et un arbitre. L'impartialité et l'indépendance sont exigées de l'arbitre parce qu'ils sont les garants de l'indépendance d'esprit du pouvoir juridictionnel. La Cour de cassation française²⁰ l'a affirmée et la CA Paris a renchéri, en soulignant utilement que l'indépendance d'esprit est de l' « essence de la fonction juridictionnelle »²¹ « ou encore une exigence absolue de toute procédure arbitrale »²².

La vérification de ces critères n'est pas aussi simple en pratique. Concernant l'indépendance, pendant longtemps, la coïncidence entre la nationalité de l'arbitre et celle d'une des parties à l'arbitrage était relevée comme une manifestation de dépendance. Toutefois, de plus en plus les règlements des centres d'arbitrage ne font plus figurer cette clause. En revanche, l'appréciation se fait au cas par cas.

Il en est de même de l'impartialité qui exige des éléments objectifs propres à la justifier. L'existence de la condition d'impartialité est souvent contestée chez un arbitre en raison de ce qu'il aurait déjà connu du litige, ou d'un litige connexe, dans une instance antérieure. L'arbitre doit statuer sans préjugé.

2 - *L'immunité de l'arbitre OHADA*

La fonction de juger ne peut être convenablement exercée si son titulaire ne peut compter sur une protection en cas d'erreur de jugement. La jurisprudence révèle que les arbitres doivent être protégés à chaque fois qu'il leur est reproché d'avoir mal jugé. Le TGI de Reims dans l'affaire Florange c/ Brissart et Corgié, tout en apportant une précision dans ce sens, relève les limites à ce principe, en estimant que « sauf à restreindre la sécurité, l'indépendance et l'autorité des arbitres dans les limites incompatibles avec la mission de trancher qui leur est confiée, la responsabilité de ceux-ci ne

²⁰ Cass. civ. 1^{ère} 13 avril 1972, *JCP* 1972, II, 17189, note P. LEVEL.

²¹ Paris, 2 juin 1989, *Rev. arb.* 1991, 87.

²² « CA Paris, arrêt n°10/06953, 22 février 2012 : affaire Etat du Cameroun c/ SPRL Projet Pilote Garoube : une bonne application de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral fondant l'annulation de la sentence arbitrale », *Juridis périodique* n° 95, juillet-août-septembre 2013 obs. R. NEMEDEU ; Paris, 6 avril 1990, *Rev. arb.* 1990, 880.

peut être recherchée qu'en cas de faute grave, équivalente au dol, de fraude ou de connivence avec l'une des parties »²³.

La faute intentionnelle trouve un terrain favorable en matière de non exécution de l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre : connaissant un fait de nature à altérer sa liberté de jugement, l'arbitre s'abstient de le révéler comme l'exige la loi. Une telle circonstance est constitutive de dol. Dans les affaires Sté Annahold²⁴ et Sté Raoul Duval²⁵, les arbitres ont été condamnés aux dommages et intérêts en raison du défaut de révélation, alors de surcroît, dans la première affaire, ils avaient été invités à renoncer à leur mission en raison de liens évidents avec une des parties à l'arbitrage, l'arbitre avait nié l'existence de tels liens. L'existence de manœuvres dolosives ne faisait donc aucun doute.

Il est plus difficile de savoir si la responsabilité de l'arbitre peut être engagée en l'absence d'une faute intentionnelle. Mais de façon générale, les juridictions sont assez prudentes en matière de responsabilité civile des arbitres. La question de la responsabilité pour faute des arbitres désignés par la CCJA devrait être abordée malgré le silence du législateur OHADA. Sur ce point, pourquoi les arbitres seraient-ils mieux traités que les juges ?

Mais l'originalité du droit OHADA réside dans les priviléges et immunités diplomatiques accordés aux arbitres. L'art. 49 AUA (tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008) dispose : « Dans les conditions déterminées par un règlement, les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des priviléges et immunités diplomatiques. // Les immunités et priviléges mentionnés ci-dessus peuvent être, selon les circonstances, levés par le Conseil des Ministres. // En outre, les juges ne peuvent être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour ».

Les priviléges et immunités diplomatiques accordés rassurent les arbitres dans le déroulement de la procédure arbitrale. Tout de même, ces arbitres sont « nommés » ou « confirmés » par la Cour. Ce sont des personnes privées investies par les parties d'une mission déterminée, contrairement aux juges qui sont des fonctionnaires internationaux. En toute logique, les arbitres doivent répondre des actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur mission. Il a été relevé le fait que, la CCJA ne jouant en matière d'arbitrage

²³ TGI Reims, Florange c/ Brissart et Corgié, inédit, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial, op. cit.*, n° 1082.

²⁴ Paris 9 avril 1992, Annahld BV c/ Frydman et autres : D. 1992, I.R. 173 ; RCDIP 1993, som. 760.

²⁵ Paris 2 juillet 1992, Sté Raoul Duval, cité par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n° 1030, note 30.

qu'un rôle administratif, rendait encore incompréhensible le bénéfice de cette immunité diplomatique. Dans l'arbitrage, les parties gardent la liberté de désigner librement leurs arbitres et le droit OHADA ne saurait contredire ce principe sacré.

Toutefois, le Pr M. Kamto²⁶ nous rappelle qu'il faut se rendre à l'évidence : il s'agit d'immunités fonctionnelles propre aux personnels des organisations internationales, n'ayant pas, comme on l'a dit, un caractère absolu, et pouvant être levée, « selon les circonstances » comme dispose l'art. 49 nouveau alinéa 2. Il convient de souligner, en effet, que les immunités diplomatiques fixées par la convention de Vienne de 1961 servent généralement de modèle pour le régime accordé conventionnellement à d'autres agents publics, cette notion d'agent public pouvant être étendue à toute personne considérée comme tel *de facto* ou conventionnellement. En l'occurrence, ce sont les Etats parties au traité qui ont voulu étendre aux arbitres le bénéfice des immunités diplomatiques qui ne peuvent, s'agissant de ces derniers, opérer que pendant la durée de « l'exercice de leurs fonctions » d'arbitre dans une espèce ; car n'étant pas « fonctionnaires ou employés » de l'OHADA, ces immunités ne sauraient être permanentes. Autrement dit, sauf stipulations expresses dans la convention de siège ou dispositions explicites du règlement visé à l'alinéa 1^{er} de l'article 49 nouveau, l'immunité diplomatique d'un arbitre de la CCJA cesse avec la fin de la procédure dans une affaire dans laquelle il siège comme arbitre. Toute procédure judiciaire peut dès lors être engagée contre lui, y compris les actions en responsabilité d'une partie au litige, pour autant, qu'elles ne sont pas liées à une affaire dans laquelle a siégé l'arbitre ou le juge.

C - La confidentialité de l'arbitrage

La confidentialité de la procédure est incontestablement l'un des éléments d'attrait de l'arbitrage. Quoique l'art. 18 AUA se contente de dire que les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes, il faut plutôt penser que toute la procédure même se tient dans la confidentialité. Les audiences se tiennent en général dans des lieux non ouverts au public et on ne voit pas pourquoi, même dans le silence des textes, les arbitres dans l'espace OHADA pourraient permettre aux personnes non intéressées de les suivre.

La confidentialité est l'une des exigences les plus partagées par toutes les instances arbitrales. Le règlement d'arbitrage de la CACI indique à cet égard que les audiences se tiennent à huis-clos, sauf convention contraire des parties. L'art. 22 al. 6 du règlement d'arbitrage de la CCIAD dispose à cet effet que « le tribunal arbitral doit prendre toutes les mesures pour protéger le

²⁶ Obs. M. KAMTO sous article 49 du Traité OHADA, OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés, *Juriscope* 2014, 4^e éd. p. 66.

secret des affaires et les informations confidentielles ». L'art.9 du même Règlement indique clairement, non seulement que la procédure arbitrale est confidentielle, mais aussi que les arbitres s'engagent à ne pas divulguer à des tiers des faits ou autres éléments ayant trait au litige et à la procédure arbitrale.

Les règlements de la CCJA et du Centre d'arbitrage du Gicam indiquent que la procédure d'arbitrage est confidentielle. Les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale sont soumis à cette *confidentialité*, ainsi si que les réunions de la Cour pour l'administration de l'arbitrage. La confidentialité couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente. En somme, les experts, parties ou toutes personnes associées à la procédure, sont tenus au secret, sauf naturellement accord contraire de toutes les parties.

En s'appliquant à tout le monde, l'exigence de confidentialité intègre mais dépasse le souci d'assurer une justice sereine. Il s'agit de donner aux parties à l'arbitrage l'assurance que leurs déboires, leur stratégie secrète et en général la conduite et l'état de leurs affaires, ne vont pas être exposés aux concurrents. Malgré les besoins de transparence de la vie des affaires, celle-ci reste marquée par la volonté des opérateurs économiques de dissimuler ou de retarder la diffusion de certaines informations.

Sur un plan pratique, la confidentialité peut être gérée selon les degrés : les parties déterminent les documents ou informations devant être gardés confidentiels, les mesures à prendre pour assurer la confidentialité des documents transmis par des moyens électroniques.

II – La CCJA : une originale contribution à la sécurisation des affaires en Afrique

Le système d'arbitrage de la CCJA est institué par le texte fondateur de l'OHADA. Il pose les principes directeurs de l'arbitrage, annonce le Règlement d'arbitrage de la Cour pour ses modalités procédurales. La formule de l'arbitrage CCJA est sans précédent aussi bien en Afrique que dans le monde. L'originalité tient à ce que la CCJA, faite de centre d'arbitrage, est en même temps une Cour judiciaire qui assure, à ce titre, le contrôle de la régularité des sentences arbitrales et délivre l'*exequatur*.

En se forgeant ainsi les conditions d'un destin singulier²⁷, l'arbitrage CCJA est perçu par les justiciables comme le prolongement de la justice étatique des Etats parties à l'OHADA. Heureusement, dans la mise en œuvre de l'*exequatur* communautaire, la CCJA laisse entrevoir la volonté de poursuivre l'exécution forcée sur l'ensemble des territoires des Etats-parties

²⁷ P.-G. POUGOUE, J.M. TCHAKOUE, A. FENEON, *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, *op. cit.* p. 247, n° 268

au traité OHADA, ce qui participe à la sécurité des affaires dans l'espace OHADA.

A – Le double rôle de la CCJA en matière arbitrale

Le double rôle de la CCJA peut être un piège pour le système. La formule de l'arbitrage CCJA pourrait de prime abord paraître comme un retour en arrière par rapport à l'évolution contemporaine de l'arbitrage et plus particulièrement de l'arbitrage international. Cette évolution est marquée par l'affirmation de l'autonomie et l'émancipation de l'arbitrage à l'égard de la justice étatique²⁸. Le juge étatique n'intervient que pour assister les parties, si elles rencontrent de difficultés dans la mise en œuvre de l'exécution de leur convention. Son rôle est alors essentiellement un rôle d'appui. Il intervient également pour donner force exécutoire à la sentence arbitrale si elle n'est pas exécutée spontanément, ou pour en contrôler la régularité. Le principe est donc la séparation des pouvoirs entre les arbitres et les juges²⁹.

La CCJA, au lieu de procéder à une telle séparation, a plutôt fait un mélange de genre qui pourrait rebuter les opérateurs économiques qui voient dans l'arbitrage un moyen de soustraire leurs différends à la justice étatique³⁰.

Quoique les craintes soient fondées, l'inquiétude au lieu d'être sur la double fonction de la CCJA, devrait se situer plutôt au niveau de l'indépendance de ses juges, qui seraient éventuellement appelés à statuer sur la régularité d'une sentence alors qu'ils ont eu à connaître de la procédure dont elle résulte, dans un aspect ou un autre dans le rôle d'appui à l'arbitrage. Cette double casquette irait de pair si les fonctions juridictionnelles et les fonctions d'administration de l'arbitrage sont soigneusement séparées. Concrètement, les juges chargés des fonctions en matière d'administration de l'arbitrage ne devront pas siéger dans des formations juridictionnelles. Or le règlement intérieur de la CCJA ne l'organise pas, ce qui laisse supposer que tous les juges de la CCJA pourraient intervenir dans l'administration d'un arbitrage, et si plus tard, la procédure connaît un développement contentieux, cela poserait de graves problèmes d'indépendance.

A dire vrai, le système conçu par le traité OHADA mêle intimement dans une formule les autorités judiciaires et les arbitres, tout en essayant d'assurer la prééminence des aspects arbitraux sur les aspects judiciaires. Il ne saurait être assimilé à l'arbitrage judiciaire rendu par les justices étatiques³¹. Le

²⁸ Ph. LEBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.* 1999, 589.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ph. LEBOULANGER, *op. cit.*, 551.

³¹ Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, 167.

système CCJA peut être qualifié d'arbitrage para-judiciaire³². Le système de la CCJA se démarque des autres systèmes d'arbitrage et peut prétendre s'imposer sur le continent africain. Il est en concurrence avec les prestigieux systèmes de la CCI et du CIRDI qui l'ont précédé, mais aussi avec les centres d'arbitrages africains d'émanation privée, voire l'arbitrage *ad hoc*.

Ce double rôle pourrait être perçu par des opérateurs économiques comme une garantie de bonne justice et de célérité, dans la mesure où, administrant l'arbitrage, la CCJA doit s'assurer qu'il se tient dans de bonnes conditions. Assurant le contrôle des sentences, la Cour doit être conscienteuse de l'impératif de célérité propre à donner son efficacité au système qu'il anime.

B – L'exequatur communautaire : gage d'une exécution effective des sentences arbitrales

La volonté de faire de l'*exequatur* un moyen de parvenir à une exécution forcée des sentences arbitrales sur l'ensemble des territoires des Etats-parties au traité transparaît dans le traité OHADA. La procédure d'*exequatur* est l'examen qui permet de délivrer la formule exécutoire à la sentence arbitrale³³. Or, la formule exécutoire est l'expression de la souveraineté. Au confluent du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif, elle est en sorte la matérialisation de la souveraineté.

Les raisons qui militent en faveur d'un *exequatur* communautaire sont nombreuses. Il permet une économie de temps et de procédure pour celui qui veut poursuivre l'exécution forcée dans plusieurs Etats de l'OHADA. Cet *exequatur* communautaire permet de ne pas s'éloigner de l'objectif d'harmonisation et sans doute d'unification. Une sentence de la CCJA doit être valable au Cameroun, au Congo, en Côte d'Ivoire... et donc ne risquerait pas d'être valide dans un pays membre de l'OHADA et irrégulière dans l'autre. A travers cet *exequatur* communautaire, le système d'arbitrage de la CCJA se démarque des autres systèmes existants (centres d'arbitrage) qui, bien que présentant autant d'avantages que le système CCJA, ne peuvent pas offrir un *exequatur* dont les effets dépassent le cadre territorial de l'Etat qui l'a délivré.

Toutefois, la question se poserait si un des Etats refuse d'apposer la formule exécutoire sur la décision d'*exequatur*, à l'issue de la vérification de l'authenticité du titre (ou contrôle de l'*exequatur*), les formules exécutoires restant nationales. L'arbitrage du CIRDI avait connu ces graves difficultés

³² P.G. POGOUÉ, J.M. TCHAKOUE, A. FENEON, *op. cit.* p. 254.

³³ J.M. TCHAKOUE, « La pratique de l'*exequatur* des sentences arbitrales au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 96, octobre-novembre-décembre 2013, p. 139. Pour cet auteur, l'*exequatur* est un « bon pour exécution ».

déjà³⁴. La solution serait de continuer dans la logique initiée : si on a retiré aux Etats de contrôler la régularité des sentences, alors, il serait regrettable de ne pas les empêcher de pouvoir paralyser l’*exequatur* sous prétexte de la vérification de l’authenticité du titre.

Toute proportion gardée, n’est-ce pas là un souci d’effectivité car comme le disait le doyen Carbonnier, « ce qui n’est pas effectif n’est point du droit »³⁵. Le règlement arbitral OHADA est un moyen réel de sécurisation des affaires dans l’espace OHADA.

Octobre 2015

³⁴ J.M. TCHAKOUA, *Le contrôle de la régularité internationale des jugements et sentences arbitrales en droit camerounais*, Thèse de doctorat de 3^e cycle, Université de Yaoundé, 1991.

³⁵ CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^e éd. LGDJ 1988.

LA LIBERTE DE RETRAIT DANS LES SOCIETES A CAPITAL VARIABLE AU REGARD DE L'AUSCGIE

**Daphtone Lebeke Omouali,
docteur en droit privé,
assistant, Université Marien Ngouabi de Brazzaville**

Résumé :

Le droit des sociétés est marqué par une défaveur pour la liberté de retrait. Cette liberté constitue cependant une solution de principe dans les sociétés à capital variable où elle représente l'intérêt essentiel de cette technique. Prérogative sublimée, le retrait est une liberté fondamentale consolidée par sa nature particulière de droit d'ordre public et strictement personnel à l'associé. Mais l'exercice de cette liberté est entravé par l'existence de nombreuses restrictions qui sont autant de verrous de sécurité et dont le but recherché est d'éviter la paralysie financière de la société consécutive à la sortie d'un associé détenant une participation importante. Ces restrictions fragilisent la liberté de l'associé de se retirer du groupement.

Mots clé : retrait, société à capital variable, OHADA, liberté.

« Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manière, que celui de liberté »¹. Le concept de liberté est l'un des plus présents dans toutes les disciplines juridiques ; celles relevant du droit public aussi bien que de droit privé. Mais il faut bien le reconnaître, la matière que constitue la liberté a longtemps été abandonnée par les privatistes aux publicistes. C'était sans oublier que la liberté est un état général permanent². La tentation est donc assez grande de transposer ces valeurs, de l'Etat à la société... civile ou commerciale³.

Ainsi, le droit des sociétés apparaît comme le creuset des libertés⁴. Dans un système libéral, il est normal que la liberté irrigue tous les rapports

¹ Ch. de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, éd. Garnier Flammarion, Paris, 1979, Livre XI, p. 241.

² G. FOURNIER, in *La liberté dans tous ses états*, *Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, Ed. Apogée, 1998, p. 5.

³ Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *Rev. soc.* 1989, p. 362.

⁴ Sur les manifestations de la liberté en droit des sociétés, lire : C. LUCAS de LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, P.U.F, Thémis, 2^e éd., 2002, p. 402.

juridiques entre les hommes, aussi bien personnels qu'économiques. Il ne saurait en être autrement dans une société où l'exaltation des droits de l'homme est obsessionnelle et permanente⁵. Dans cette déferlante, le droit des sociétés se remodelle autour des droits des actionnaires⁶. Pourtant, la liberté de se retirer d'une société est loin d'être au fronton des droits des associés, marqués par la tentation à la négation.

Cette négation est une rupture de la filiation du droit des sociétés avec le *Siecle des Lumières* et montre combien la réception du principe de liberté en cette discipline peut connaître des applications aussi diverses que nuancées, en particulier lorsqu'il s'agit de retrait. C'est ce qui sera démontré dans le cadre cette réflexion consacrée à la liberté de retrait dans les sociétés à capital variable.

Les termes de liberté et de retrait méritent de ce point de vue d'être précisés pour des raisons de clarté.

La liberté n'est pas un concept juridique immédiatement opérationnel ; elle est d'abord et avant tout, un concept d'ordre philosophique qui se révèle déjà susceptible de diverses acceptations selon l'idéologie à laquelle on se réfère⁷. Parlant de la liberté, Paul Valéry affirmait qu'il s'agissait d'un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens⁸. La liberté civile, celle qui est définie par opposition à la liberté publique, se conçoit comme une liberté garantie au profit d'un particulier à l'encontre d'un autre particulier, car « la liberté ne commande pas seulement l'abstention de l'Etat, mais la destruction des puissances privées »⁹. Il n'y a pas, comme l'affirmait un auteur, « une liberté, mais des libertés civiles, qui sont fort diverses, et se nuancent d'un secteur de droit à l'autre »¹⁰.

La liberté en droit des sociétés n'est pas celle à laquelle faisaient allusion les rédacteurs de la déclaration de 1789, c'est-à-dire celle qui « consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »¹¹. Une telle conception aurait peu de place dans un monde des affaires souvent présenté comme « le lac glacé des intérêts égoïstes »¹². La liberté ! Pour les sociétés, il ne saurait évidemment

⁵ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, éd. Flammarion, 1996, p. 121.

⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », in *Où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ? JCP, Cahier de l'entreprise*, 1996, n° 4.

⁷ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 84.

⁸ Cité par Y. CHAPUT, *loc. cit.*, p. 363.

⁹ G. RIPERT, *Régime démocratique et droit civil moderne*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd. 1950, n° 61.

¹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. I, Quadrige/, Paris, P.U.F, 2004, p. 530.

¹¹ Article 4.

¹² Y. GUYON, « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. soc.*, 1989, p. 439.

s’agir de libre arbitre¹³. Cette définition de la liberté paraît trop individualiste, car « prise en fonction de chaque individu séparé»¹⁴. Or, être associé, ce n’est pas seulement être un individu isolé, partie à une simple convention et propriétaire des titres, « c’est aussi être membre d’une collectivité dotée d’un intérêt propre »¹⁵.

On le voit bien, la liberté en droit des sociétés apparaît comme résultant de la maîtrise par l’associé de ses choix et de la mise en œuvre discrétionnaire des prérogatives juridiques attachées à cette qualité. Cette liberté a ceci de particulier qu’elle s’exprime dans deux bornes sous-jacentes : celle de l’intérêt social d’une part, et celle de l’intérêt commun, d’autre part. On peut dès lors oser la proposition selon laquelle la liberté de l’associé n’a de sens que lorsqu’elle s’exerce dans le strict respect du double intérêt social et commun. Ainsi, s’explique le paradoxe que le désir de quitter la société de manière discrétionnaire ne soit pas érigé en une règle d’or. De là apparaît l’ombre d’une notion dont l’ambiguïté contraste avec l’abondance des définitions qui lui sont consacrées.

Le mécanisme de retrait est comparable au divorce demandé par l’épouse dans un ménage polygame. Aussi pertinente qu’elle puisse paraître, cette image ne contribue que très peu à la clarté d’une notion qui ne fait pas l’unanimité en doctrine. Deux tendances peuvent être relevées en doctrine à propos de la notion de retrait.

La première tendance présente une conception ambivalente du mécanisme de retrait d’associé. Le retrait signifierait la sortie volontaire, aussi dénommée retrait volontaire, mais également la sortie contrainte de l’individu¹⁶. Christian Lapoyade Deschamps distingue aussi entre retrait direct et retrait indirect, ce dernier étant fondé sur le souci de préserver l’intérêt de la société et la liberté de l’associé¹⁷. Michel Jeantin, quant à lui, considère que « le retrait d’un associé constitue un succédané de dissolution »¹⁸. Une telle conception du mécanisme de retrait paraît

¹³ Y. CHAPUT, *loc. cit.* p. 361.

¹⁴ J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, 7^{ème} mise à jour par G. CONAC, Paris, Dalloz, 1985, p. 25, n° 18.

¹⁵ V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, 2005, p. 73, n° 43.

¹⁶ E. GEORGES, *Essai de généralisation d’un droit de retrait dans la société anonyme*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 2.

¹⁷ Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, « La liberté de se retirer d’une société », *Rec. Dalloz-Sirey*, 1978, chron. XXIV, p. 124.

¹⁸ J.-Cl. Sociétés Traités. Fasc. 167. A. n° 71.

critiquable en ce qu'elle entretient une confusion¹⁹ entre la notion de retrait et celles d'exclusion, de cession des droits sociaux²⁰ et de dissolution.

La notion de retrait ne peut en effet être appréhendée du point de vue de ses effets mais sous l'angle de ses causes. On le voit, même si l'exclusion et la cession des droits sociaux entraînent comme le retrait, la sortie de l'associé, ces trois notions ne sauraient être prises pour synonymes, dans la mesure où le retrait « relève non pas de l'initiative de la société mais plutôt de celle de l'associé lui-même »²¹. Bien plus, même si retrait et dissolution se rapprochent l'un de l'autre en ce qu'ils entraînent les mêmes effets à l'égard de l'associé qui va pouvoir quitter la société en reprenant ses apports, le rapprochement entre les deux notions se limite à cette identité de finalité. Retrait et dissolution « se distinguent nettement en ce que le premier n'exerce aucune influence sur l'existence de la société alors que le second entraîne sa disparition »²², sauf pour la société en nom collectif et en l'absence d'une clause statutaire de continuation²³.

Un véritable retrait, et c'est la seconde tendance doctrinale, implique d'une part de ne pas entraîner d'autres conséquences que le départ de l'associé et, d'autre part, de n'être pas contraint à accomplir une démarche autre que la reprise de son apport. Le retrait est, selon Yves Guyon, « la faculté reconnue à un associé de quitter la société, en obtenant que celle-ci ou ses co-associés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux. A la différence de l'exclusion, le retrait a pour origine une manifestation de volonté de l'associé qui quitte librement la société. A la différence de la cession ou de la négociation, le retrait n'oblige pas son auteur à trouver un acquéreur. Il permet de quitter facilement la société... »²⁴. Il y a donc retrait à « l'état pur » lorsqu'un associé désireux de quitter la société, sans avoir à proposer un quelconque remplaçant, exige le remboursement de son apport²⁵. Le retrait se définit donc à travers deux critères : la survie de la société au

¹⁹ Cette confusion est même entretenue par le législateur lui-même, ainsi qu'en témoigne l'article 18 de la loi du 29 novembre 1966 qui dispose : « un associé peut se retirer de la société, soit qu'il cède ses parts sociales, soit que la société lui rembourse la valeur de ses parts ».

²⁰ Sur cette notion, lire : P. BERLIOZ, « La cession des droits sociaux, le transfert de propriété », *Rev. soc.*, 2015, p. 15.

²¹ D. GIBIRILA, « Parts sociales : droits et obligations de l'associé », *Juris-classeur encyclopédie Civil*, art. 1832 à 1844-17, Fasc. 41 – 3, 2009, p. 19.

²² I. SAUGET-JEANTIN, *Le droit de retrait de l'associé*, Thèse Paris-X, 1991 cité par J.-P. BERTREL, « A propos du retrait dans les sociétés à capital variable », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 136.

²³ Article 290 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

²⁴ *Traité des Contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., L.G.D.J., 2010, p. 98.

²⁵ A. VIANDIER, « Société civile, retrait et décès d'un associé », *J.-Cl.*, fasc. 50 : art. 1845 à 1870-1, p. 2.

départ volontaire d'un associé et la continuation du projet social d'une part et, d'autre part, l'indifférence de sa substitution sur le remboursement de la valeur des parts de l'associé retrayant.

Le retrait apparaît comme la manifestation la plus éclatante de la liberté, liberté qui a cependant du mal à s'affirmer comme un principe général du droit des sociétés puisqu'elle reste réservée à une catégorie seulement des formes sociales. La doctrine trouve deux explications à la négation d'une liberté de retrait au profit des associés de toutes les sociétés.

En premier lieu, reconnaître une liberté de retrait au profit des associés fragiliserait l'intérêt social et conduirait à minimiser « la différence entre désengagement contractuel et désengagement sociétaire »²⁶ en même temps qu'elle bouleverserait « l'architecture sociétaire originelle »²⁷. La négation de la liberté de se retirer trouve ainsi sa justification dans la place qu'occupe la personne morale par rapport aux personnes physiques qui la composent²⁸, dans la primauté de l'intérêt social par rapport aux intérêts particuliers de chaque associé. L'idée même de liberté se trouve pliée par des impératifs du projet social. Autant dire que la considération de la personne vaut moins que celle de l'entité juridique à laquelle elle participe²⁹.

En second lieu, l'interdiction de se retirer de manière inconditionnelle de toute société se fonderait aussi sur le principe de la force obligatoire du contrat de société. Ainsi, la durée de l'engagement de l'associé étant déterminée par celle de la société, il ne peut se délier purement et simplement de son engagement contractuel avant l'échéance du terme statutaire. Tout retrait avant terme équivaudrait à une répudiation intolérable du contrat de société, si bien que, même l'associé qui a perdu toute *affectio societatis* est contraint de demeurer dans la société jusqu'à son terme³⁰.

Ces deux justifications, on le voit bien, sont complémentaires. Elles reflètent la complémentarité entre la nature contractuelle et institutionnelle de la société. La société n'est-elle pas au fond « un contrat à vocation institutionnelle »³¹. Mais, vu sous cet angle, le droit des sociétés ne serait ni libertaire, ni même libertin³², et la société elle-même ressemblerait au type de

²⁶ C. LAPOYADE DESCHAMPS, « La liberté de se retirer d'une société », *loc. cit.*, p. 123.

²⁷ L'expression est de E. GEORGES, *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Ce qui ne veut en aucun cas dire que les personnes physiques ne sont pas prises en compte par le droit des sociétés. V. en ce sens : I. PASCUAL, « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.*, avril-juin 1998, p. 274 et s.

²⁹ C. LAPOYADE DESCHAMPS, *loc. cit.*, p. 124.

³⁰ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 7^e éd., 2010, n° 65.

³¹ S. ZEIDENBERG, *L'intérêt social, étude du particularisme du contrat de société*, Thèse, Bordeaux, 2001, p. 56.

³² Y. CHAPUT, *loc. cit.*, p. 361.

mariage indissoluble qu'a connu l'Ancien Droit en France³³. L'indissolubilité tient ici non pas à l'impossibilité de faire disparaître la personne morale, mais dans l'impossible « divorce » envisagé par l'un des membres de la collectivité. Si l'associé souhaite partir en effet, « de l'envie au droit de le faire..., il y a un pas que l'engagement contractuel pour la durée de la société empêche de franchir »³⁴.

Le droit des sociétés semble de ce point de vue être fait de paradoxes. Le législateur autorise, bien que sous contrôle judiciaire, la dissolution de la société pour mésentente grave³⁵, mais répugne à admettre le départ volontaire ou forcé de l'associé³⁶. Or, l'associé qui n'est pas admis à partir volontairement peut toujours être à l'origine d'une paralysie préjudiciable à la survie de la personne morale. L'intérêt social peut être gravement menacé par la perte de l'*affectio societatis*. Dans ces conditions, la liberté de se retirer sert plus qu'elle ne nuit à la personne morale. Elle constitue même « une soupape de sûreté dans la mesure où l'associé, s'il était prisonnier de la société, chercherait à en provoquer la dissolution »³⁷.

Cela dit, si la liberté de retrait n'est pas reconnue comme un principe général de droit commun des sociétés commerciales³⁸, c'est moins en raison du primat de l'intérêt social sur la volonté individuelle, que par la nécessité de préserver l'intérêt général des créanciers sociaux à travers la stabilité du capital social, seul gage de ces derniers, que garantirait l'interdiction de se retirer. Ce fondement est certes discutable mais il explique mieux pourquoi la société à capital variable reste le terrain d'élection naturelle de la liberté de se retirer.

En outre, la survie du contrat d'apport à la rupture du contrat de société, et qui explique que, malgré son retrait, l'associé conserve son entier droit aux dividendes³⁹, est un démenti du fondement de la force obligatoire du contrat, comme justifiant l'interdiction de se retirer de la société prématurément au terme. C'est en effet la société à capital variable qui met en évidence de façon particulière la vocation de règle exceptionnelle de la liberté de retrait.

³³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, P.U.F., 2004, p. 1277.

³⁴ D. VIDAL, *op. cit.*, n° 65.

³⁵ Article 200-5° de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Pour une application de cette disposition, voir : C.A. de Pointe-Noire, ch.com. 14 juillet 2006, *Aff. KILOUNGOU Martin c/ SAMBA Ludovic Joseph, Recueil de Jurisprudence Commerciale Congolaise*, 2000-2011, p. 285.

³⁶ Sur le départ forcé de l'associé, lire : A. VIANDIER, note sous Paris, 27 fév.1997, *J.C.P.*, Ed. E., 1997, n° 982.

³⁷ Y. GUYON, *op. cit.*, n° 53, p. 99.

³⁸ B. SAINTOURENS, « La liberté de se retirer d'une société », in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, P.U.B, 2003, p. 317.

³⁹ Civ.1^{ère}, 10 septembre 2014, n° 13-957 (F-D), note J.-F. BARBIERI, *Rév. soc.* 2015, p. 115.

La possibilité de reprise de leurs apports qu’offrirait une telle clause statutaire constitue pour les investisseurs une « porte de secours » pour l’hypothèse où les voies classiques se révéleraient infructueuses. La sortie par la variabilité du capital n’aurait en principe vocation à être utilisée que lorsque les investisseurs en capital se retrouveraient piégés, faute de possibilité de revente de leur participation⁴⁰. Il en résulte que, même si les avantages de la variabilité du capital social ne se limitent pas au droit de retrait (puisque elle favorise aussi l’entrée de nouveaux associés), ce droit de retrait est l’intérêt essentiel de cette technique.

Il faut préciser, à ce stade de l’analyse, que la liberté de retrait est typique de la société à capital variable si l’on postule l’indivisibilité de l’augmentation et de la diminution du capital. L’argument littéral de cette indivisibilité puise à la disposition même de l’article 48 de la loi du 24 juillet 1867 qui précise que « le capital social est susceptible d’augmentation... et de diminution »⁴¹. Cette indivisibilité permet de déduire la soumission de ces sociétés aux dispositions du titre III de la loi du 24 juillet 1867. Ces dispositions n’ont pas été reprises par l’acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d’intérêt économique du 17 avril 1997 qui ignorait la figure de société à capital variable.

Elle fait son apparition dans le dispositif juridique de l’OHADA⁴² à la faveur de la réforme du droit des sociétés intervenue en 2014⁴³. C’est ainsi que l’article 269-6 alinéa 1^{er} de l’acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique dispose : « A moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l’article 269-5 ci-dessus, chaque associé peut se retirer de la société à tout moment ». La liberté de retrait se présente ainsi comme étant de l’essence de la société à capital variable. D’ailleurs, en droit français, retrait et variabilité du capital ont été introduits par le même texte⁴⁴. Cependant, la nature juridique du

⁴⁰ J.P. BERTREL, « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital », *Bull. Joly sociétés*, 1^{er} déc.2009, n° thématique, p. 1191.

⁴¹ P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil, Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2^e éd., 1884, tome 7^{ème} bis, n° 1737, p. 653.

⁴² Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires. Il s’agit d’une organisation internationale créée par le traité de Port-Louis le 17 octobre 1993 et révisé quinze plus tard à Québec. V. P.-G. POUGOUE et Y.R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l’OHADA*, P.U.A., 2008.

⁴³ L’acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique initialement adopté le 17 avril 1997 a fait l’objet d’une importante révision. Le nouvel AUDSCGIE adopté à Ouagadougou le 30 janvier 2014 par le conseil des ministres de l’Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (ci-après OHADA) et publié au *Journal Officiel de l’OHADA* le 4 février 2014, entré en vigueur le 5 mai de la même année.

⁴⁴ Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés et, précisément, son titre 3, toujours en vigueur. V. O. DOUVRELEUR, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? », *Rev. Jurisp. Com.*, n° spéc. 1991, n° 4, p. 123.

mécanisme de retrait ainsi que le fondement de son admission dans les sociétés à capital variable ne restent pas moins entourés d'incertitudes, l'effectivité de sa mise en œuvre n'est pas sans poser quelques problèmes. L'article 269-6 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme porte d'ailleurs la marque d'une prudence rédactionnelle révélatrice d'une ambiguïté.

En effet, contrairement à la législation française, en particulier l'article L.231-6 du Code de commerce qui dispose que « Chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable à moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article L.231-5 », la législation OHADA énonce d'abord des limites à cette liberté avant de l'affirmer. Cette inversion ne tient pas seulement « aux fantaisies, souvent pernicieuses, des rédacteurs des normes juridiques »⁴⁵. Elle traduit au fond l'hésitation et les réserves du législateur à consacrer une liberté inconditionnelle au profit des associés, même lorsque le principe de la variabilité du capital semble favorable à une telle consécration.

Il s'agit donc d'examiner, dans la présente réflexion, le mécanisme de retrait au travers du prisme de la société à capital variable. Ainsi, bien qu'elle soit une solution de principe dans les sociétés à capital variable, la liberté de retrait est-elle une prérogative absolue dans cette technique sociétaire ? Telle est la problématique de cette étude. Cette question est importante d'un double point de vue. En premier lieu, la diversité des hypothèses de reconnaissance de retrait en droit des sociétés n'éclaire d'aucune manière les interrogations sur les raisons de sa consécration dans une société à capital variable comme solution de principe. En second lieu, le droit de retrait a certes été étudié en doctrine⁴⁶ mais, sur cet aspect particulier de la société à capital, il reste très mal connu et des rares écrits⁴⁷ qui y sont consacrés n'abordent la question que sous son aspect technique ou fonctionnel. Cette étude constitue donc une tentative de réhabilitation de la notion de retrait en tant que liberté individuelle de l'associé car, sans l'exclure, notre droit des sociétés, trop enclin à la permanence des apports et à la pérennité de la société, n'a pas favorisé son émergence.

⁴⁵ Selon la formule de J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, P.U.F., 1^{ère} édition, 2001, p. 56.

⁴⁶ Voir I. SAUGET-JEANTIN, *Le droit de retrait de l'associé*, Thèse Paris-X, 1991 ; D. DEBENEST, *La retraite forcée des associés dans les sociétés à capital variable*, Thèse Poitiers 1993 ; LESAGE, *La retraite des associés dans les différentes formes de sociétés*, Thèse Rennes, 1964 ; N. ROKAS, « Les droits de l'associé sortant envers la société », *RTD com*, 1966, p. 285 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « La liberté de se retirer d'une société » : *D.*, 1978, 123 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », *JCP E. Cah. dr. entr.*, n° 4, 1996, p. 19 ; F.-X. LUCAS, « La date d'évaluation des parts d'un retrayant », *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 78, § 19 ; M. LAROCHE, « Perte de la qualité d'associé : quelle date retenir ? », *D.*, 2009, p. 1772.

⁴⁷ J.P. BERTREL, « A propos du droit de retrait dans les sociétés à capital variable », in *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 127.

C'est donc autour de l'idée de liberté de l'individu opposable à la collectivité que s'articule la notion de retrait dans les sociétés à capital variable. L'intérêt de la clause de variabilité du capital est de permettre l'exercice d'un droit de retrait, qui est une liberté consolidée (**I**) en raison tout à la fois de son caractère fondamental et de sa nature particulière. Bien évidemment, il importera d'encadrer l'exercice de cette liberté afin d'éviter que la sortie des investisseurs en capital ne nuise financièrement à la société, laquelle pourrait voir ses fonds propres fondre comme « neige au soleil », si les investisseurs décidaient de reprendre, d'un seul coup, l'intégralité ou un pourcentage important de leur participation. Dans cet esprit, des restrictions pourraient être légalement ou statutairement posées à ce droit. D'où le retrait apparaît aussi comme une liberté fragilisée (**II**).

I - Une liberté consolidée

L'utilité du mécanisme de retrait ressort sur le plan technique dans sa finalité de réorganisation factuelle de la décomposition du groupement. C'est parce qu'un tel objectif transcende la diversité des formes sociales qu'il ne paraît pas mettre en évidence la spécificité du mécanisme dans les sociétés à capital variable. Mais en tant que prérogative d'associés, le retrait est une liberté fondamentale (**A**), dont la nature particulière (**B**) renforce l'attractivité du mécanisme.

A - Une liberté fondamentale

Affirmer que le retrait d'associé est une liberté fondamentale peut paraître trop facile. Même si les droits fondamentaux ne constituent pas une catégorie formelle de notre droit⁴⁸, et si aucune liste complète et cohérente de ces droits ne figure dans nos textes constitutionnels, le caractère fondamental d'une liberté résulte de la Constitution et, à défaut de norme formelle, de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁹. Mais, le caractère fondamental d'un droit n'est pas l'exclusivité du constituant ou du juge constitutionnel. Il peut être invoqué pour justifier la prééminence d'un droit face à ce qui pourrait le compromettre⁵⁰. Ainsi, dans une société à capital variable, rien ne peut *a priori* faire échec à la liberté de retrait tant le départ volontaire paraît consubstantiel à l'essence même de cette technique. C'est sans doute ce qui justifie qu'elle soit exceptionnellement réservée à ce type social (*I*) où elle apparaît comme l'expression d'un équilibre (*2*).

⁴⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.*, 1995, chron., p. 323.

⁴⁹ B. GENEVOIS, « Normes et valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *RFDA*, 1990, p. 317.

⁵⁰ V. ALLEGAAERT, *op. cit.*, p. 105 et s.

1 - Une consécration exceptionnelle

La conception que le législateur retient du retrait d'associé est bien révélée par le fait que ce mécanisme ne figure pas parmi les dispositions applicables à toutes les sociétés commerciales⁵¹. En droit français, le rapprochement des sociétés des associations, opéré par la loi du 4 janvier 1978, n'a pas permis d'octroyer au profit des associés une liberté de se retirer « en tout temps après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire »⁵². Au titre des règles générales susceptibles de s'appliquer à l'ensemble des sociétés, il n'y a aucune reconnaissance d'un droit dont pourrait jouir tout associé de se retirer de la société. La rigueur, mais pas forcément la pertinence, d'une telle position « n'est supportable que parce qu'il existe des exceptions, certes assez strictement limitées mais qui offrent des alternatives opportunes à qui n'accepte de s'engager dans les liens d'une société qu'en conservant la faculté de s'en libérer »⁵³. N'étant pas un principe général de droit commun des sociétés commerciales, la liberté de se retirer ne peut résulter que des dispositions spécifiques.

En droit OHADA, c'est l'article 269-6 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui confirme l'affirmation selon laquelle la liberté de retrait est une règle d'exception⁵⁴. La reconnaissance par le législateur de l'OHADA d'une clause de variabilité du capital, à la faveur de la révision de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, constitue la principale manifestation d'une liberté pour l'associé de se retirer.

Même si la question de l'autonomie des sociétés à capital variable reste discutée en doctrine, le législateur de l'OHADA ne l'a pas retenue⁵⁵. Cette clause reste l'apanage des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et des sociétés par actions simplifiées⁵⁶. Sans qu'il s'agisse d'une forme particulière de société, les sociétés ayant adopté la variabilité du

⁵¹ Articles 4 et suivants de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC).

⁵² Article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901.

⁵³ B. SAINTOURENS, art. préc., p. 318.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 318.

⁵⁵ A.P. SANTOS, « La variabilité du capital social », Séminaire international sur la réforme du droit des sociétés et du GIE, Libreville mai 2014, inédit.

⁵⁶ Article 269-1 de l'AUSC. En droit français, la loi du 30 décembre a redéfini le domaine d'application de la clause de variabilité, mettant en harmonie le droit français avec la directive communautaire : exclue pour la société anonyme (sauf lorsqu'elle est constituée en coopérative), elle demeure possible en matière de société civile, la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, ou la SARL.

capital se distinguent en effet des sociétés à capital fixe notamment en ce qu'elles se trouvent soumises à des dispositions spécifiques destinées à faciliter l'entrée et la sortie des associés qui matérialise la variation du capital. L'article 269-3 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme dispose en effet que « Ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital opérées par l'article 269-1 ci-dessus, ou les retraits d'associés, autres que les gérants et les dirigeants sociaux de la société par actions simplifiées, qui auraient lieu conformément à l'article 269-6 ci-après ».

De sa vocation de règle exceptionnelle, la liberté de retrait n'est pas l'exclusivité des sociétés à capital variable. La multiplication des hypothèses de reconnaissance légale d'une liberté de retrait n'a d'ailleurs d'égal que la propension doctrinale à sa généralisation à toutes les formes sociales. En effet, la liberté de retrait est également reconnue aux membres du groupement d'intérêt économique⁵⁷, où elle se conçoit puisque le groupement peut être constitué sans capital⁵⁸. Le retrait est aussi possible dans les sociétés coopératives⁵⁹ et dans les sociétés civiles. C'est dans cette dernière catégorie de sociétés que la jurisprudence française fournit une systématisation de cette liberté.

En droit français, la reconnaissance, en 1978, d'un droit de retrait pour la généralité des sociétés civiles⁶⁰ estompe la prééminence de l'objet social comme élément explicatif des dispositions spéciales accordant à un associé la liberté de se retirer de la société. Cette liberté est accordée quel que soit l'objet de la société civile considérée. L'objet n'est donc plus aussi évidemment le fondement explicatif de l'œuvre du législateur sur ce point⁶¹. Par ailleurs, la restriction de la liberté de retrait à ces formes sociales n'épuise pas le débat sur l'opportunité ou non de l'étendre sinon à toutes les sociétés, du moins à certaines d'entre elles seulement. Nombreuses sont en effet les voix qui s'élèvent en doctrine ; certaines pour s'interroger sur la nécessité d'une telle extension⁶², d'autres pour la souhaiter⁶³. Lors de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier en France, le Sénat avait proposé une modification importante du droit des sociétés en prévoyant une procédure de retrait des actionnaires minoritaires des sociétés non cotées, à l'instar de celle qui existe déjà pour

⁵⁷ Article 876 alinéa 3 de l'AUSC.

⁵⁸ Article 869 alinéa 3 de l'AUSC.

⁵⁹ Article 11 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives du 15 décembre 2010.

⁶⁰ Article 1869 du Code civil.

⁶¹ B. SAINTOURENS, *art. préc.* p. 320.

⁶² O. DOUVRELEUR, « Faut-il admettre un droit de retrait au profit des minoritaires ? » ; A.-M. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires », *art. préc.*

⁶³ E. GEORGES, *op. cit.* ; B. LE BARS, « Initiatives pour un droit de retrait des actionnaires dans les sociétés non cotées », *Petites Affiches* 27 avril 2004, n° 84, p. 8.

les sociétés cotées. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue en raison de l'opposition conjuguée de l'Assemblée nationale et du gouvernement⁶⁴. La justification d'une telle généralisation du droit de retrait est fondée sur le principe, du reste assez vague, que toute liberté en soi est un bien et doit être favorisée par le droit.

En tout état de cause, si de telles prophéties venaient à être concrétisées par le législateur, elles ne remettraient pas en cause, mais confirmeraient la vocation de règle exceptionnelle de la liberté de retrait, qui reste dans les formes sociales où elle est reconnue un privilège sublimé, en raison des avantages qu'il offre aussi bien à l'associé qu'à la société.

2 - *L'expression d'un équilibre*

La liberté de retrait dans les sociétés à capital variable est d'abord une prérogative au service de la volonté individuelle de chaque associé. Elle sert cependant de manière subsidiaire l'intérêt de la personne morale. Cet équilibre, dont le retrait apparaît comme la manifestation la plus éclatante, s'explique par l'intérêt même d'une société à capital variable. La technique de la variabilité du capital est conçue de telle manière qu'elle puisse permettre le jeu d'équilibre, apparemment introuvable dans les sociétés à capital fixe, entre la permanence de l'apport et la prise en compte de la liberté de l'associé. En effet, comme nous y invite un auteur, « nous demeurons dans un droit globalement hostile au droit de retrait et à la précarité de la condition d'associé »⁶⁵.

Ainsi, lors de la souscription des apports, la problématique de la « sortie » des associés est souvent fondamentale. Une chose est en effet de faire des apports à une société. Une autre, à l'évidence tout aussi importante, est de pouvoir récupérer sa mise au moment souhaité. Dans cet esprit, on pense naturellement à la technique de la cession des parts ou des actions attribuées à l'apporteur en contrepartie des apports effectués. C'est la raison pour laquelle les pactes d'associés fixent de façon quasi systématique une règle du jeu lorsque l'un des associés souhaite sortir en céder ses droits sociaux (avec des clauses spécifiques bien connues, comme la clause de sortie conjointe, la clause de première offre ou de premier refus, la clause de préemption, etc.)⁶⁶. Mais l'associé peut se retrouver prisonnier faute de possibilité de revente de sa participation. Dans ce cas, la nécessité d'assurer

⁶⁴ Rapport MARINI, *Petites affiches*, novembre 1998, n° 132, p. 27.

⁶⁵ A. COURET, « L'apport en société entre permanence et précarité » § 240 cité par J.P. BERTREL, « La reprise des apports dans les montages sociétaires et la variabilité du capital », précité.

⁶⁶ V. not. le colloque « Pactes et opérations de M&A », diffusé sur <http://www.salondesfusionsacquisitions.com/> et les actes de ce colloque : *Dr. et patr.*, Dossier, n° 186, nov. 2009, p. 55 et s.

la permanence des apports précarise la situation de l'associé qui n'a d'autre choix que de rester dans la société malgré lui. La balance pèse donc nettement en faveur de la personne morale.

La possibilité de sortie qu'offre la clause de variabilité du capital permet ainsi à la société qui l'adopte d'être un lieu d'équilibre entre, d'une part, la personne morale dont l'existence pourrait être menacée par la sortie brutale d'un de ses membres, faute de modification des statuts ou d'accomplissement des formalités subséquentes et, d'autre part, l'associé qui peut reprendre son apport sans être obligé de trouver un remplaçant. Ainsi, l'expression d'un équilibre, le caractère de « juste milieu » de la liberté de retrait est affirmé dans la distinction causaliste de ce mécanisme avec la simple hypothèse de la cession de titres. Si les deux hypothèses permettent à un associé de ne pas rester prisonnier de ses titres, le retrait opère une réduction de capital par reprise des apports sur la seule initiative de l'associé retrayant, là où la cession réalise la simple conciliation des intérêts antagonistes du cédant et du cessionnaire⁶⁷. Dans cette perspective, la liberté de retrait constitue l'instrument idéal de la variabilité tant en capital qu'en personnel et elle repousse ainsi les limites relatives à la fixité du capital.

Comme on le voit, la technique de variabilité du capital, par la liberté de retrait qu'elle permet, est une opportunité offerte à la société d'accepter le départ d'un associé dont la participation au groupement semble hypothétique et à l'associé de quitter volontairement le groupement sans contraintes financières pour lui et sans contraintes techniques et juridiques lourdes pour la personne morale. Dans une société à capital variable, le retrait volontaire représente donc un privilège exceptionnel. Il est déduit tout entier de l'appartenance de l'associé à un groupement dont « la variation du capital traduit la variation des personnes qui font partie de la société »⁶⁸.

Cette technique dans les montages de droit des sociétés s'inscrirait dans cette tendance forte « en faveur de la précarisation de l'apport, tendance encouragée par une volonté générale de favoriser l'investisseur et l'investissement »⁶⁹. La balance semble désormais s'équilibrer. De ce fait, la société n'apparaît plus comme le cimetière des libertés individuelles des associés, dont l'intérêt social réduirait à leur plus simple expression. Bien que la société ne soit pas un espace juridique que l'on se contente de traverser⁷⁰, les droits des associés ne sont pas toujours relégués au second plan ; ils prédominent parfois sur la personne morale, ou du moins l'appartenance à la société ne fait pas obstacle à l'expression des libertés des

⁶⁷ E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, op. cit., p. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 23, p. 34.

⁶⁹ A. COURET, précité.

⁷⁰ C. LAPOYADES DESCHAMPS, « La liberté de se retirer d'une société », préc.

associés, fussent-elles contraires à celle-ci. Cette impression se trouve particulièrement renforcée lorsque les associés adoptent, dans leur forme sociale, la clause de variabilité du capital.

Par la contraction dans le temps du processus de vie de la société qu'elle réalise, la liberté de retrait apparaît comme la reproduction microscopique par l'associé du phénomène sociétaire. La double finalité du mécanisme de retrait, qui est de permettre à la fois l'expression de la volonté individuelle des associés et la continuation du projet social, est confortée par la nature particulière de cette liberté.

B - Une nature particulière

« Il y a dans la société », comme l'écrivait Jean Carbonnier, « plus de processivité virtuelle, plus de droit encore en perspective. Chaque droit arrive à la lumière armé d'une action en justice, débordant de prétentions nouvelles »⁷¹. La jurisprudence et la doctrine s'efforcent de lui donner la mesure de sa force. Sur ce point, on précisera que l'expression « chaque associé peut se retirer de la société à tout moment » implique qu'un associé peut faire jouer de manière discrétionnaire son droit de retrait, ce qui est très original puisqu'il ne ressemble à aucune figure connue du droit commun. En France, la jurisprudence a refusé de voir dans ce mécanisme un « partage partiel de la société »⁷², pas plus qu'une vente des droits sociaux⁷³. Cela étant, la force du droit reconnu à l'associé de quitter volontairement le groupement social réside dans le caractère strictement personnel (1) et d'ordre public (2) de cette liberté.

1 - Un droit strictement personnel à l'associé

Il y a parmi les droits de l'associé, ceux qui sont le plus intimement liés à sa personne et dont il exerce de façon discrétionnaire et exclusive. Il s'agit d'une de ces prérogatives comprises dans le concept ancien de « droits propres des associés»⁷⁴. Ces droits au nombre desquels figure le droit de retrait expriment l'interaction entre la finalité mercantile de la participation sociale et la reconnaissance des droits subjectifs extrapatrimoniaux. Le retrait est un attribut de la liberté de gestion du patrimoine dont l'exercice reste

⁷¹ *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 124.

⁷² Cass. 3^e civ. 15 janv. 1997, n° 94-22.154.

⁷³ Cass. com. 2 févr. 2010, n° 09-10.384.

⁷⁴ Sur la notion des « droits propres », lire : M. GERMAIN, « La renonciation aux droits propres des associés : illustrations », in *L'Avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, P.U.F., 1999, p. 401 et s.

réservé au seul associé. Un créancier ne forcerait pas la liberté de son débiteur de gérer ses biens comme il entend⁷⁵.

La chambre commerciale de la Cour de cassation française a, dans un arrêt du 4 décembre 2012⁷⁶, refusé à l'administration de douanes le droit d'exercer par la voie oblique le droit de retrait des époux associés d'une société de personnes, « au motif que le droit de retrait prévu par les statuts de la société Gedinvest, de même que par l'article 1869 du Code civil, est strictement personnel... ». Si l'on veut bien rattacher cette solution au seul principe de la liberté patrimoniale de l'associé, il faut décider que la même conclusion sera retenue si un créancier désire mettre en œuvre le droit de retrait dans une société à capital variable⁷⁷.

Mais la notion de « droit strictement personnel » utilisée par les hauts juges pour faire échec au droit pour l'administration créancière d'exercer tous les droits et actions de ses débiteurs ne semble pas à première vue correspondre à la liberté de se retirer d'une société. Que recouvre donc exactement l'expression de « droit strictement personnel » ? En visant l'article 1166 du Code civil, les juges font indubitablement référence aux droits « qui sont exclusivement attachés à la personne » de l'associé. Cependant, l'expression de droit strictement personnel peut être rapprochée de celle d'« exceptions purement personnelles » employée en droit des sûretés⁷⁸. Elle renvoie non seulement aux droits qui ont un caractère extrapatrimonial mais aussi à ceux qui, bien qu'ayant un objet pécuniaire, impliquent l'appréciation d'un intérêt moral⁷⁹. Cette conception convient-elle au droit de retrait ? La réponse semble a priori négative. Il en est ainsi parce que « le droit de retrait apparaît comme un droit mixte ayant un aspect personnel fortement marqué mais produisant également des effets patrimoniaux »⁸⁰. Si un créancier peut invoquer l'article 1166 pour protéger un élément du patrimoine de son débiteur lorsque celui-ci néglige de le faire, il ne saurait, par cette voie, exercer un droit qui, pour être de nature patrimoniale, relève d'une liberté fondamentale.

La question des retraits (mais il s'agissait du retrait d'une indivision) a donné lieu à controverse devant les tribunaux, mais la jurisprudence a connu une évolution notable. Après s'être pendant longtemps prononcée en faveur

⁷⁵ A. REYGROBELLET, « Le droit de retrait, droit exclusivement attaché à la personne de l'associé », *Rev. soc.*, avril 2014, Jurisprudence, p. 230.

⁷⁶ Pourvoi n° 11-14592.

⁷⁷ A. REYGROBELLET, « Le droit de retrait, droit exclusivement attaché à la personne de l'associé », *Rev. soc.* avril 2013, 229.

⁷⁸ Article 2313 al. 2 du Code civil.

⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Vol. II. Les biens. Les obligations*, P.U.F., 1^{ère} éd. « Quadrige », 2004, n° 1282, p. 2530.

⁸⁰ M.-B. M.-B., « Exclusion de l'action oblique en matière de retrait », *Chroniques, RTD Com.-janvier-mars 2013*, p. 107 et s.

de l'impossibilité pour le créancier d'exercer l'option offerte à son débiteur et se fondant sur le caractère personnel de celle-ci⁸¹, la Cour de cassation affirme désormais que le créancier peut demander le partage des biens indivis de son débiteur⁸². L'exercice du droit de retrait n'est pas subordonné à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial comme la Cour de cassation semble, à de nombreuses reprises, l'exiger pour paralyser la mise en œuvre de l'action oblique⁸³. Il n'est pas un droit extrapatrimonial puisque celui-ci est lié à la qualité d'associé, qui elle-même est la conséquence de la détention par ce dernier des droits sociaux.

Mais il faut bien l'admettre, la Cour de cassation distingue la liberté de retrait, droit extrapatrimonial, des droits sociaux dont dispose l'associé que ses créanciers peuvent saisir. Un associé peut donc se retirer de la société sans percevoir, à la date de son retrait, la valeur intégrale de ses droits sociaux en capital. Ce départ volontaire ne lui fait pas perdre son entier droit aux dividendes⁸⁴. Sous le visa de l'article 1869 du Code civil, la chambre commerciale de la Cour de cassation française affirme qu'un retrayant « ne perd sa qualité d'associé qu'après remboursement de la valeur de ses droits sociaux »⁸⁵. On ne saurait dès lors distinguer, comme l'y invitait la Première Chambre de la haute juridiction civile⁸⁶, entre la perte de la qualité d'associé et la titularité des droits sociaux⁸⁷.

Cependant la liberté de se retirer d'une société pourrait ne pas entraîner la perte de la qualité d'associé si elle n'est pas suivie du remboursement des droits sociaux appartenant à l'associé retrayant. Dès lors, ses créanciers ne peuvent pas exercer en ses lieux et place un tel droit puisqu'il n'entraîne pas *de plano* remboursement des droits sociaux. Le caractère personnel du droit de retrait découle donc de l'absence de lien obligatoire entre cette liberté et le remboursement des droits sociaux correspondants.

Le retrait serait donc l'expression de la liberté individuelle de l'associé que ne peut entraver l'intérêt de la personne morale et qui échappe à l'emprise des créanciers de l'associé. Le retrait est une prérogative extrapatrimoniale dans la mesure où il n'existe pas de coïncidence nécessaire

⁸¹ Cass. civ., 14 juill. 1834 : S. 1834, 2, p. 533.

⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, pourvoi n°12-21272.

⁸³ Ainsi en est-il de l'action d'un salarié devant la juridiction prud'homale à l'encontre de son employeur (Soc. 31 janv. 2001 *D.* 2001.2404, note LACAMP-LEPLAEC ; de l'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail (Soc. 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2005.598, obs. MESTRE et FAGES).

⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, n° 13-13.957 (F-D), sté Cabinet Veyssade c/Saillard.

⁸⁵ Com. 17 juin 2008 (deux arrêts, n° 06-15.045 et n° 07-14.965), confirmation de la solution : Com., 27 avr. 2011, n° 10-17.778, *Bull. Joly* 2011.876, n° 460, note R. MORTIER.

⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, n° 11-18.453, *D.* 2012.2786, obs. A. LIENHARD.

⁸⁷ V. *contra* J.-J. DAIGRE, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. soc.*, juill.-sept.1999, p. 535.

entre cette liberté et les droits sociaux qui sont attachés à la qualité d'associé qui survit au départ volontaire de l'associé. Autant le départ volontaire de l'associé entraîne la rupture du contrat de société liant celui-ci à la société, autant le non remboursement de ses droits sociaux laisse subsister le contrat d'apport entre l'associé et la personne morale. Il est donc possible d'envisager le départ d'un associé sans pour autant remettre en cause le contrat de société. L'associé se retire et la société se poursuit.

En effet, si le contrat d'apport ne peut survivre au contrat de société, s'il devient caduc dès lors que ce dernier disparaît, l'inverse n'est pas nécessairement vrai, le contrat de société est un contrat plural ce qui par nature lui permet de survivre à la disparition d'un des contrats d'apport liant la société à l'une des parties au contrat de société⁸⁸. On comprend aisément pourquoi le retrait apparaît aux yeux des juges comme un droit strictement personnel à l'associé. Si la finalité de l'action oblique est de permettre au créancier de faire entrer dans le patrimoine du débiteur une valeur sur laquelle il pourra compter pour se faire payer, cet objectif n'est pas nécessairement atteint avec le retrait d'associé.

La liberté de retrait, droit extrapatrimonial, doit, de ce fait être distinguée du droit reconnu à chaque associé de demander la dissolution de la société, dont le caractère patrimonial est évident. Cela explique que la liberté de retrait soit empreinte d'un caractère personnel par rapport au droit de demander la dissolution. Ainsi, le créancier d'un associé peut demander la dissolution de la société, à condition que son débiteur puisse le faire lui-même⁸⁹. Lorsque la société est déjà dissoute, le créancier de l'associé est fondé à se prévaloir des conséquences de la dissolution, même si par un acte inefficace, le débiteur a essayé de faire revivre la société⁹⁰. Cela étant, le retrait apparaît comme un exemple, parmi tant d'autres, de la résistance des droits des associés face aux assauts sans cesse répétés des mécanismes du droit des obligations comme l'action oblique. Cette résistance puise entièrement dans le caractère d'ordre public de ce droit.

2 - Un droit d'ordre public

L'ordre public a inspiré maintes définitions dont le nombre ne surprendra pas si l'on révèle que l'équivoque s'inscrit au cœur de la notion dans sa dénomination. Il peut être capté à travers la règle qui le formule. Cette approche normative était celle de Planiol pour qui une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt

⁸⁸ M. BUCHBERGER, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre société et son associé*, éd. Panthéon-Assas, 2011, n° 234, p. 201.

⁸⁹ Cass.com. 7 mars 1956; *JCP G* 1956, II, 9373; *RTD com.* 1956, p. 457, obs. J. RAULT.

⁹⁰ Cass.com., 10 mai 1954 *JCP G* 1954, II, 8304, obs. D.B.

général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »⁹¹.

Le droit des sociétés a pendant longtemps été marqué par la rigueur de ses dispositions. Une lecture combinée des articles 10 du traité de l'OHADA, 2 et 919 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique abrogé permettait d'affirmer que la règlementation OHADA des sociétés commerciales était marquée par le sceau de l'autoritarisme⁹². Mais cette rigueur semble avoir été abandonnée avec l'entrée en vigueur du nouvel acte uniforme⁹³. Il ne pouvait en être autrement, le droit des sociétés ne pouvant plus échapper à la souplesse normative qui caractérise le droit des affaires⁹⁴. En tout état de cause, l'ordre public lui-même n'échappe pas à la flexibilité du droit⁹⁵.

Les droits des associés, qui sont rattachés aux parts sociales, sont pour la plupart des droits d'ordre public. Ce caractère d'ordre public est parfois décreté par le législateur. Très souvent, il est l'œuvre du juge. Il s'agit dans ce dernier cas d'un ordre public virtuel, c'est-à-dire qui émane du juge, qui le détecte dans les lois dont le législateur n'a pas précisé le caractère, ou encore dans les principes généraux qu'il déclare l'impérativité nécessaire⁹⁶.

Il convient de rappeler que la jurisprudence française estime, dans un arrêt⁹⁷ ancien, que le droit de retrait est un droit d'ordre public, dont la mise en œuvre peut susciter des difficultés, qui se retrouvent également en matière d'exclusion des associés. Cependant, en droit OHADA, le caractère d'ordre public du droit de retrait n'est pas évident, le législateur ayant prévu d'encadrer la mise en œuvre de ce droit. Mais comme on l'a noté, l'ordre public laisse toujours subsister quelques cas exceptionnels qui, loin de remettre en cause sa force, confirme au contraire son impérativité.

La liberté de se retirer, le droit de participation aux décisions collectives ainsi que le droit aux bénéfices sont des droits d'ordre public. Ces différents droits sont de « l'essence des parts sociales »⁹⁸ et ne peuvent faire l'objet de restrictions, fussent-elles justifiées par la liberté contractuelle des associés.

⁹¹ Cité par P. CATALA, « A propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 1999, p. 512.

⁹² P. NGUIHE KANTE, « Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique », *RTD com.*, 2010, p. 1.

⁹³ P.S.A. BADJI, « Les enjeux de la « flexibilisation » des règles des sociétés commerciales dans l'AUSGIE révisé », in « Les réformes de droit privé en Afrique », Colloque du 13 au 14 novembre 2014, Laboratoire d'Etudes et de Recherches sur le Droit et les Affaires en Afrique (LERDA), Faculté des sciences juridiques et politiques, Université de Dschang, inédit.

⁹⁴ B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés » *RTD com.*, oct.-déc.1987, p. 457.

⁹⁵ P. CATALA, « A propos de l'ordre public », préc.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Cass. 8 juin 1939 : *S.* 1939, 1, 249.

⁹⁸ L'expression est de A. TADROS, *Gaz. Pal.*, 26-27 février 2014, p. 5 à 7.

En ce qui concerne le droit de vote, la Cour de cassation censure une clause statutaire d'exclusion qui ampute les prérogatives politiques de l'associé concerné par la procédure⁹⁹. Cette position soucieuse de la préservation du droit de vote de l'associé s'est déclinée par la suite pour appréhender différents contentieux où l'un des associés se voit privé de son droit de vote et pour sanctionner sévèrement les escamotages du droit fondamental en cause¹⁰⁰. Ainsi, comme il existe des droits de l'homme et du citoyen que le pouvoir politique doit respecter, les associés ont « des droits individuels que le pouvoir constitué de la société ne saurait restreindre »¹⁰¹. Une telle interdiction est fondée sur l'ordre public. Il s'agit d'un ordre public de protection dont la finalité est de permettre aux associés d'exercer tous les droits et libertés inhérents à leur qualité.

On le voit, le droit de retrait accède ainsi au cercle restreint des droits intangibles non susceptibles d'être évincés par la volonté majoritaire, serait-elle quasi-unanime de la collectivité des associés. Il s'agit d'un des droits constitutifs « cette partie intangible à laquelle le groupement ne pourra porter atteinte »¹⁰². Mais si le droit de retrait est un droit d'ordre public, cet ordre public n'est pas absolu. Il souffre de nombreuses restrictions dont la multiplication des cas fragilise la liberté de se retirer.

II - Une liberté fragile

La liberté de retrait, théoriquement liée à la variabilité du capital, connaît des limites si nombreuses que son exercice est beaucoup moins libre que la technique sur laquelle elle se fonde. Parce que la liberté, dans son principe, est juridiquement vide de tout contenu normatif et substantiel, il revient aux titulaires de la liberté de déterminer eux-mêmes ce contenu¹⁰³. Parce que la liberté de se retirer d'une société heurte la structure sociale, vouée à une certaine pérennité, que cette liberté individuelle de l'associé ne peut être absolue. D'ailleurs en droit des sociétés, pas plus que dans d'autres disciplines, il n'existe de liberté absolue. Ceci se vérifie notamment en matière de liberté individuelle¹⁰⁴ ou de droit de propriété¹⁰⁵. La liberté de se retirer d'une société à capital variable n'échappe pas à des restrictions (A). La question reste cependant de savoir quelle est la mesure de restriction qui

⁹⁹ Cass. com., 9 juillet 2013, n° 11-27.235 (FS-P+B).

¹⁰⁰ J.J. ANSAULT, note sous Cass. com., 9 juillet 2013, n° 11-27.235 et Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-21.238, *Rev. soc.* 2014, p. 40.

¹⁰¹ Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », préc.

¹⁰² G. RIPERT, « La loi de la majorité dans le droit privé », in *Mélanges juridiques dédiés au Professeur Sugiyama*, 1940, p. 358.

¹⁰³ V. ALLEGAERT, *op. cit.* n° 138, p. 175.

¹⁰⁴ Cons. constit. 19 et 20 janvier 1981, *D.* 1982, I, p. 441, note DEKEUWER.

¹⁰⁵ Cons. constit. 8 janvier 1991, *Pouvoirs*, 1991, p. 145, chron. P. AVRIL et J. GICQUEL.

peut être admise comme n'aboutissant pas à l'anéantissement total de la liberté de retrait. Ainsi, si ces restrictions peuvent être tolérées lorsqu'elles portent sur la consistance de la liberté de se retirer, le juge intervient chaque fois, qu'il s'aperçoit, qu'elles ont pour objet non pas la consistance de cette liberté mais son existence même (**B**).

A - L'existence des restrictions

L'exercice de la liberté de retrait n'est pas conçu comme pouvant être totalement discrétionnaire. Il s'agit bien au contraire d'une liberté surveillée dont le contrôle trop étroit aboutirait à la négation d'une telle liberté¹⁰⁶. Cette surveillance n'est pas sans évoquer l'Etat policier dans lequel les libertés individuelles sont bâillonnées. Mais les restrictions à la liberté de se retirer d'une société doivent être motivées par la recherche d'un équilibre entre la protection de la personne morale et l'expression de la liberté individuelle de l'associé. Dans une société à capital variable, les restrictions à la liberté de retrait sont édictées par le législateur (1). Elles peuvent aussi faire l'objet d'aménagements statutaires (2).

1 - Les restrictions légales

L'acte uniforme pose un obstacle à l'exercice de la liberté de se retirer d'une société à capital variable. Il s'agit d'un obstacle lié au seuil de variabilité du capital. Cette restriction découle de l'obligation faite aux associés d'une société à capital variable de déterminer dans les statuts « une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par les reprises des apports autorisées par l'article 269-1 »¹⁰⁷.

En effet, du fait du départ de l'associé, le capital social se trouve réduit du montant de l'apport. Dans les sociétés à capital variable, il faut distinguer le capital effectif du capital statutaire¹⁰⁸. Le premier est le capital légal de la forme sociale adoptée. Le second est celui fixée par les associés et représentant la valeur de tous les apports qu'ils ont promis d'effectuer à la société. La fixation du montant du capital statutaire, bien qu'elle soit laissée à la liberté des associés, est néanmoins encadrée par le législateur. Ainsi, l'article 269-1 alinéa 2 indique que le capital effectif le plus bas ne peut être inférieur ni au dixième du capital social ni au montant minimal du capital exigé pour la forme de la société considérée par les dispositions la régissant ».

¹⁰⁶ B. SAINTOURENS, *loc. préc.* p. 321.

¹⁰⁷ Article 269-5 al. 1^{er} AUSC.

¹⁰⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN avec le concours de V. MAGNIER, *Traité de droit commercial*, Tome 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, L.G.D.J., 19^e éd., 2009, n° 2050, p. 744.

L'exercice par l'associé de son droit de retrait ne peut donc s'inscrire qu'entre le capital effectif le plus bas et le capital statutaire. Entre ces deux extrémités, les modifications du capital n'ont pas à être autorisées par l'assemblée générale et aucune sortie d'associé n'est en principe concevable. Le respect du montant minimal du capital exigé pour la forme sociale adoptée paralyse ainsi la liberté de l'associé qui envisage de se délier de l'engagement social. Il en résulte que le retrait ne demeure une véritable liberté, « dont l'efficacité sera dépendante de la seule volonté du retrayant, qu'autant qu'il s'affranchit des contraintes techniques imposées pour la diminution du capital statutaire »¹⁰⁹. Or la liberté contractuelle des associés de modifier le capital statutaire est ici réduite à sa plus simple expression et celle de l'associé qui envisage de se retirer simplement limitée.

Cette restriction à la liberté individuelle de l'associé est critiquable ; ce pour au moins deux raisons. En premier lieu, la restriction paraît se justifier par la crainte de voir, du fait du retrait de l'associé, le capital social se réduire en deçà du seuil autorisé. On l'a vu, le départ volontaire de l'associé ne coïncide pas nécessairement avec le remboursement de son apport. Entre l'obligation de rembourser les apports et l'interdiction de se retirer, il existe une troisième voie, celle qui consiste à permettre l'exercice de la liberté de retrait et à différer le remboursement du montant de l'apport de l'associé retrayant si un tel remboursement devrait faire baisser le capital en deçà des seuils fixés à l'article 269-1 alinéa 2. Si le moment du retrait n'est pas précisé par la loi¹¹⁰, la jurisprudence distingue la date de l'évaluation des parts de l'associé retrayant, qui est fixé au moment de la demande de retrait¹¹¹, et le remboursement effectif de son apport, qui entraîne la perte de la qualité d'associé¹¹². Le retrait opère ainsi une rupture progressive du lien social ; autrement dit, la liberté de retrait n'est effective que si elle « réalise un mécanisme à double détente. L'associé retrayant obtient son retrait ; dans la perspective d'une perte totale de la qualité d'associé, ce dernier est d'abord investi des droits à l'encontre de la société, droit à la reprise de ses apports et droit sur les éventuelles réserves. Ces droits à la reprise des apports et sur les réserves sont alors nuancés par la perpétuation de la qualité d'associé »¹¹³.

La question reste cependant de savoir si l'associé qui cesse de faire partie de la société peut attendre longtemps pour obtenir le remboursement de son apport. Il est permis d'en douter tant le retrait pourrait avoir été motivé par

¹⁰⁹ E. GEORGES, *op.cit.* n° 8, p. 25-26.

¹¹⁰ L'article 269-6 AUS indique seulement que l'associé peut se retirer à tout moment.

¹¹¹ F.X. LUCAS « La date de l'évaluation des parts d'un retrayant », *Bull. Joly* 2008, 78.

¹¹² Paris, 9 février 2000, *Bull. Joly*, 564, note LE CANNU ; *Rev. soc.* 2000, 308, note SAINTOURENS ; 20 octobre 2000, *Bull. Joly* 2001, 186, note DAIGRE; *Rev. soc.* 2001, 343, note GODON.

¹¹³ E. GEORGES, *ibid.* n° 9, p. 27.

des difficultés financières de l'associé qui fait la preuve d'un réel besoin de liquidités et qui ne dispose par ailleurs d'aucune autre ressource¹¹⁴; en différer le remboursement du montant des apports reviendrait à dépouiller le mécanisme de sa motivation essentielle. L'arbitrage du juge est ici nécessaire afin de mieux peser les intérêts en présence et de trouver le juste milieu entre la satisfaction de l'associé retrayant et la protection de la personne morale.

En second lieu, l'encadrement de la liberté de retrait est normalement destiné à la protection des tiers, notamment les créanciers sociaux dont la garantie essentielle repose sur le capital social. Or nous avons vu que l'effet direct du retrait est la réduction du capital qui peut compromettre l'intérêt des créanciers. Le fait que ce capital soit variable ne change rien à cette protection tant que la variabilité du capital oscille entre les seuils préalablement fixés et supposés connus des créanciers sociaux. En droit OHADA où seules les sociétés à risque limité peuvent adopter la clause de variabilité du capital, le capital social revêt une importance singulière pour les créanciers sociaux. Mais il ne faut pas exagérer l'importance du capital social. Les créanciers de la société comptent davantage sur les capitaux propres que sur le capital social. Bien plus, l'associé qui se retire reste tenu pendant cinq ans du passif social né antérieurement à sa sortie et dans la limite des sommes qui lui ont été restituées avant son départ¹¹⁵. Donc normalement la garantie des engagements assumés par le capital social est substituée à une obligation directe au passif social des associés retrayants. Cette obligation témoigne de la persistance du lien social comme alternatif à la fonction de garantie assignée au capital social.

2 - *Les restrictions conventionnelles*

L'article 269-6 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose : « A moins de conventions contraires..., chaque associé peut se retirer de la société à tout moment ». Pris à la lettre, ce texte, bien mal rédigé soulignent certains auteurs¹¹⁶, pourrait laisser croire que les associés peuvent supprimer dans les statuts la liberté de retrait. L'expression est pourtant juridiquement inexacte. La nature fondamentale et d'ordre public de cette liberté ne saurait admettre une telle interprétation. L'ordre public de protection s'oppose ici à l'expression de la liberté contractuelle des associés.

Cette liberté contractuelle trouve ainsi une limite dans l'application des règles impératives organisant le retrait d'associés. L'éviction de la liberté contractuelle des associés est d'autant plus surprenante que l'article 269-2-1

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 1985, *Rev. Sociétés* 1985, p. 620, note M. JEANTIN ; D. 1987, somm. p. 31, obs. J.-Cl. BOUSQUET.

¹¹⁵ Article 269-6 al. 3 *in fine*.

¹¹⁶ P. LE CANNU et B. DANDERO, *Droit des sociétés*, Montréal, 2012, n° 1428.

leur donne une marge de manœuvre importante pour organiser dans les statuts, par dérogation aux dispositions de l'acte uniforme, « les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports ». Sur le fondement de cette disposition, on serait tenté de croire que les associés peuvent organiser librement dans les statuts les modalités de retrait. Mais il s'agit là d'une disposition d'ordre général qui ne saurait écarter les règles spéciales en la matière¹¹⁷.

Cela étant, il ne faut pas croire qu'en utilisant l'expression de « conventions contraires », le législateur ait fait référence à une formule vaine. La formule semble convenir à des hypothèses non de suppression statutaire de la liberté de retrait mais à des limites sérieuses posées pour sa mise en œuvre. Le droit de retrait étant, comme nous l'avons souligné, de l'essence de la société à capital variable, il ne saurait évidemment être supprimé directement ou indirectement par les statuts. Les associés peuvent néanmoins le réglementer « dans la mesure compatible avec le respect d'une disposition d'ordre public »¹¹⁸.

La marge de manœuvre des associés se trouve donc sérieusement réduite et les cas de restrictions statutaires de la liberté de retrait ne sont pas sans soulever des critiques. Il a été jugé qu'une clause des statuts pouvait interdire aux associés de se retirer avant le remboursement des emprunts contractés par la société¹¹⁹. Un tel obstacle à l'exercice de la liberté individuelle de l'associé est critiquable au regard de la jurisprudence récente en la matière. Il faut rappeler que la sortie volontaire du groupement ne donne pas nécessairement droit au remboursement immédiat de l'apport et que l'associé retrayant reste tenu des engagements conclus par la société avant son départ. On ne peut donc pas empêcher sa sortie sans le maintenir de force dans la société et le prétexte des engagements sociaux non remboursés ne représente pas un obstacle dirimant à l'exercice par l'associé de sa liberté.

Pour autant, l'associé peut-il se retirer inconsidérément ? On pourrait répondre par l'affirmative si l'on se réfère à la locution adverbiale « à tout moment » employé dans l'article 269-6 alinéa 1^{er} *in fine*. Cependant, la jurisprudence a reconnu la validité des clauses statutaires instituant des conditions de délais subordonnant l'exercice de la liberté de retrait à un certain délai de préavis¹²⁰ ou en interdisant aux associés de se retirer pendant

¹¹⁷ En vertu de l'adage « Generalia specialibus non derogant ». V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 8^e édition, Dalloz, p. 468.

¹¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1973, *Bull. civ. I*, n° 228, p. 203.

¹¹⁹ Angers, 28 mars 1933, *D.H.* 1933.311.

¹²⁰ Le fait de prévoir une clause pénale n'est pas contraire à la liberté individuelle, dès lors qu'elle ne met pas à la charge de l'associé sortant une indemnité de nature à l'empêcher d'exercer son droit de retrait : Cass.com., 18 mai 2005, n° 03-11-117.

une durée limitée¹²¹. La difficulté réside dans la fixation du terme de ce délai. Un important courant jurisprudentiel en France s'est construit à propos de la durée minimale admissible. On perçoit que c'est la réalité de la liberté de se retirer de la société qui est en jeu. Ainsi, pour déclarer si la condition de durée est compatible avec la liberté reconnue par les textes, les juges se fondent principalement sur la durée moyenne de la vie professionnelle. Si les durées de 99 ans¹²², 60 ans¹²³ ou 36 ans¹²⁴ ont été considérées comme incompatibles avec l'exercice de la liberté de retrait, celles de 10¹²⁵ ou même de 30 ans¹²⁶ ne l'ont pas été.

La limitation à la liberté devient beaucoup plus importante lorsque les statuts soumettent l'exercice du droit de retrait à l'accord du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ; si pareille clause donne tous les pouvoirs à un organe de la société d'apprécier le bien-fondé de la demande de retrait, elle devrait assurément être privée d'effet car la société se substituerait à l'associé pour juger des raisons de son départ. La clause ne peut être valable que si elle confère à un organe de la société le pouvoir de contrôler la régularité de la demande de retrait et sa conformité aux règles légales¹²⁷. Dans les sociétés civiles, l'article 1869 du Code civil constraint l'associé qui se retire à respecter les conditions de mise en œuvre prévues par les statuts ou, à défaut, impose au préalable une autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Mais, il faut en convenir, il n'est pas de vraie liberté qui requiert le consentement d'autrui¹²⁸.

B - Des restrictions peu contrôlées

Le juge est amené à jouer en droit des sociétés sa fonction pas si ancienne de gardien des droits et libertés fondamentaux¹²⁹. Ce rôle est crucial dans une société contentieuse¹³⁰ que ne cesse d'être le XXI^e siècle, fait de litiges même entre associés¹³¹. Si le langage doctrinal a substantialisé la liberté de retrait pour lui donner force et cohérence, il revient au juge de veiller à de

¹²¹ Cass.civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, 560, note A. CATHELINEAU.

¹²² Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1989, *JCP*, éd. G, 1989, II, n° 21294, note BARBIERI.

¹²³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 976, note A. COURET.

¹²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 2000, Soc. Coop. Agricole laitière de Saint-Bonnet de Salers c/Basset, inédit.

¹²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 octobre 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 49, note P. SCHOLER.

¹²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 732, note B. SAINTOURENS.

¹²⁷ Ch. LAPOYADE DESCHAMPS, art. préc. spéc. p. 128.

¹²⁸ LAPOYADE DESCHAMPS (Ch.), art. préc. spéc. p. 125.

¹²⁹ S. GUINCHARD, « L'avenir du juge », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 177.

¹³⁰ L. CADIER, « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cormu*, P.U.F, 1995, p. 29 et s.

¹³¹ D.NZOUABETH, *Les litiges entre associés*, Thèse, UCAD, 2004.

nombreuses atteintes dont ce droit peut être l'objet. Ce contrôle judiciaire des restrictions à la liberté de retrait est salutaire. Il reste cependant limité en ceci qu'il s'applique à la société et non à l'associé dont les raisons de départ ne sont pas contrôlées par le juge.

1 - Un contrôle salutaire

Le caractère d'ordre public du retrait dans les sociétés à capital variable doit, faut-il le rappeler, être admis sans réserve. Le juge veille à toute tentative de suppression de ce droit, qui serait vue comme « une confiscation pour cause d'utilité privée »¹³² par la société au détriment de l'associé. Le contrôle judiciaire ne se limite pas au principe de cette liberté. Il s'étend également à ses corollaires que constituent le droit à la reprise des apports et, éventuellement, le droit sur les réserves.

Le droit à la reprise des apports est l'effet mécanique essentiel de la variabilité. Elle ne peut se concevoir sans cette reprise, si ce n'est alors nier toute possibilité de variabilité à la baisse du capital souscrit¹³³ et par voie de conséquence toute possibilité de se retirer. Les articles 269-1 alinéa 1^{er} et 269-5 de l'acte uniforme évoquent directement cette reprise, même si elle peut être aussi la conséquence d'une exclusion.

Donc, si les associés peuvent, comme on l'a vu, dissocier le moment de cette reprise de l'exercice du retrait, la suppression pure et simple de la reprise des apports serait sans effet. Les juges ont assimilé une telle suppression à une « *confiscation pure et simple du montant des parts au profit du fonds social* »¹³⁴. Autant dire que, comme la liberté de retrait, la reprise des apports est d'ordre public. Il en est ainsi parce que l'effectivité de cette liberté passe par la détermination de la part attributive de l'actif social dévolue à l'associé retrayant ; cette détermination impose de considérer la configuration de sa position d'associé au moment où celui-ci obtient le retrait.

Il convient malgré tout de distinguer la simple détermination de la reprise de son effectivité car, en fonction de la situation financière de la société, le remboursement de l'apport peut être différé. On doit dès lors faire le départ entre le principe même de la reprise et sa mise en œuvre, c'est-à-dire son effectivité. La liquidation des droits du retrayant étant fonction de l'état de l'actif social, voire de la nature de l'apport du retrayant, on peut considérer que le retrait peut opérer, selon le cas, une reprise partielle ou totale des droits de celui qui se retire. L'article 269-1 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme suggère d'ailleurs une telle interprétation.

¹³² *Juris-classeur, Traité des sociétés, sociétés à capital variable*, fasc. 167-10 par M. JEANTIN, n° 71.

¹³³ E. GEORGES, *op. cit.*, n° 10, p. 27.

¹³⁴ Trib. civ. Caen, 20 mai 1941, *Gaz. Pal.* 1941, 2, p. 146.

Par ailleurs, et malgré le silence de l'article 269-1 de l'acte qui n'autorise *a priori* que la seule reprise des apports, la question du droit aux réserves de l'associé retrayant est importante. L'associé qui se retire devrait pouvoir prétendre à une part des bénéfices mis en réserves : assurément si une clause le permet, de manière plus discutée dans le silence des statuts¹³⁵. La question est de savoir si les statuts peuvent supprimer le droit aux réserves de l'associé retrayant. La réponse est assurément négative.

En effet, si l'on admet que les réserves sont une partie des bénéfices mis de côté, et que l'associé retrayant qui n'a pas perçu la valeur intégrale de ses droits sociaux conserve le droit de percevoir les dividendes¹³⁶, on peut aisément conclure que le droit aux réserves étant le prolongement nécessaire du droit aux dividendes, l'associé retrayant ne saurait en être privé.

Donc, si l'associé retrayant a droit aux dividendes (et forcément aux réserves) générés après son départ de la société et avant le remboursement intégral de son apport, à plus forte raison ceux des bénéfices mis en réserves avant sa demande de retrait. La clause statutaire qui évince l'associé retrayant du droit aux réserves serait donc léonine. Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation française avait qualifié de léonine une clause des statuts qui limitait la reprise au seul apport¹³⁷. Même si cette décision concerne l'exclusion de l'associé, elle peut être étendue au cas de la retraite d'associé, les effets de la clause étant les mêmes dans les deux cas.

Les réserves sont donc un élément nécessaire dans le calcul de l'étendue de la reprise. On ne peut dénier à l'associé retiré tout droit sur les réserves. Sa suppression par les statuts porterait atteinte à la liberté de retrait de l'associé en ce qu'il représente le complément indispensable de la reprise des apports.

On le voit, le contrôle judiciaire des restrictions conventionnelles à la liberté de retrait est salutaire en ce qu'il permet d'assurer l'équilibre « entre la liberté contractuelle et l'ordre public sociétaire »¹³⁸ dans lequel cette liberté individuelle de l'associé s'inscrit. C'est l'une des manifestations de la « théorie du juste milieu en droit des sociétés »¹³⁹. Mais si le juge peut contrôler les limitations à la liberté de retrait, il ne peut en revanche étendre son contrôle aux motivations essentielles qui ont poussé l'associé à demander son départ.

¹³⁵ C. LAPOYADE DESCHAMPS, art. préc., p. 128.

¹³⁶ J.-F. BARBIERI, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, *Rev. Soc.* 2015, p. 115.

¹³⁷ Com. 16 nov. 1959, *JCP* 1960. II.11725, note D.B.

¹³⁸ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 260.

¹³⁹ J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD Com.* 1996 p. 595.

2 - *Un contrôle limité*

La liberté de se retirer d'une société à capital variable reste une prérogative discrétionnaire. L'associé qui se retire n'a donc pas à motiver sa demande. Cette analyse est d'autant plus fondée que les dispositions de l'acte uniforme relatives au retrait ne font pas référence à une telle obligation. On peut de ce fait relever la nuance terminologique entre l'article 269-6 alinéa 1^{er} de l'acte uniforme et l'article L 231-6 alinéa 1^{er} du Code de commerce français. Tandis que le premier texte dispose que « ...chaque associé peut se retirer à tout moment », le second indique : « Chaque associé peut se retirer lorsqu'il le juge convenable... ». Les deux formules pour n'être pas synonymes ne révèlent pas moins le caractère discrétionnaire de la liberté de retrait.

Ainsi, le retrait dans les sociétés à capital variable est discrétionnaire et non motivé. C'est ici qu'apparaît la différence entre le retrait dans les sociétés à capital variable et celui des sociétés civiles. Alors qu'aucun texte ne fonde le contrôle judiciaire des motifs du retrait dans les sociétés à capital variable, un tel contrôle trouve son fondement textuel dans les dispositions de l'article 1869 alinéa 1^{er} *in fine* en cas de demande judiciaire de retrait. Dans ce cas, le juge se place du côté de l'associé retrayant pour se prononcer sur l'existence des justes motifs de retrait. Les juridictions se sont bien sûr basées sur des éléments objectifs pour admettre que le retrait soumis à leur appréciation reposait sur des « justes motifs », comme l'exige l'article 1869 du Code civil. La chambre civile de la Cour de cassation a cependant de la notion de « justes motifs » une conception extensive, prenant en compte aussi bien des considérations pécuniaires¹⁴⁰ que des événements touchant la vie personnelle de l'associé¹⁴¹. Il a ainsi été jugé récemment que si le gérant de la société civile immobilière a pu autoriser une occupation à titre gratuit du logement détenu par la société, le divorce d'un associé, qui n'occupe plus le logement et ne perçoit aucun revenu de la société, met à jour un juste motif de retrait au sens de l'article 1869 du Code civil¹⁴².

Cependant, si le retrait par voie judiciaire (ouvrant ainsi un contrôle judiciaire pour justes motifs) reste possible dans les sociétés civiles, il n'en est pas ainsi dans les sociétés à capital variable. Qu'il soit autorisé à se retirer « à tout moment » ou « lorsqu'il le juge convenable », l'associé d'une société à capital variable est dispensé d'une demande judiciaire de retrait. Il en est

¹⁴⁰ V. *supra*.

¹⁴¹ Le changement de domicile a ainsi été retenu au titre de justes motifs justifiant le retrait (CA Nancy, 1^{ère} ch., 27 septembre 1989, *RTDCom* 1990, p. 418, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN).

¹⁴² E. NAUDIN, « Divorce et retrait de l'associé civile immobilière pour justes motifs », Note sous Cour de cassation (3^e civ.), 11 février 2014, n° 13-11.197 (F-D), *G. de La Martinière c/R.*, Rev. Soc. 2014, p. 449.

ainsi parce que sa liberté ne peut être entravée dans son principe. S'il en est autrement, c'est-à-dire lorsque les stipulations statutaires empêchent l'exercice de la liberté de retrait, la demande judiciaire de l'associé évincé n'aurait pas pour l'objet d'obtenir sa sortie du groupement mais d'invalider de telles clauses. Les organes sociaux, la collectivité des associés, pas plus que le juge, ne peuvent se substituer à l'associé pour juger des raisons de son départ.

Le contrôle judiciaire n'est concevable que dans la mesure où il vise à examiner la régularité de la demande de retrait c'est-à-dire sa conformité aux règles légales. Pour cette raison, le retrait s'oppose à l'exclusion dans la mesure où, et malgré le silence de l'article 269-6 alinéa 2 de l'acte uniforme, celle-ci, même prévue statutairement, doit être motivée par une circonstance objective. C'est dans ce seul cas que le contrôle par le juge du respect des règles du contradictoire ne se justifie plus et devrait *a priori* être écarté. *A contrario*, l'exclusion qui ne serait pas motivée par une circonstance objective ou qui ne respecterait pas les droits de la défense de l'associé devrait être contrôlée par le juge.

Cette différence de régime du retrait et de l'exclusion s'explique par le fait que le premier est une liberté et la seconde une sanction contre l'associé et dont le prononcé ne peut échapper au contrôle judiciaire.

*
* *

Au terme de cette étude, il apparaît que la liberté de l'associé exprime de manière forte la corrélation entre la personnalité morale de la société et la personne physique, qui sert de modèle à la construction de la première. Autant l'amputation d'un membre du corps humain reste une solution ultime ; autant l'admission du départ volontaire de l'associé du groupement reste exceptionnelle. Il faut, malgré tout, reconnaître que le débat en droit des sociétés ne peut plus être mené sous l'angle de la stérile opposition entre intérêt social et intérêt personnel de l'associé mais sous l'angle du nécessaire équilibre entre les intérêts en présence, celui de la personne morale d'une part et, ceux des individus qui la composent, d'autre part. Le mécanisme de retrait pourrait constituer l'alternative entre la toute puissante liberté contractuelle et un ordre public sociétaire rigide. Somme toute, la société n'est pas une zone de non-liberté. La liberté individuelle pénètre les frontières de la personne morale non pas pour aller en guerre contre elle mais pour s'ajouter à la liste, déjà longue, des prérogatives inhérentes à la qualité d'associé et qui sont l'expression de la participation sociale. Mais ce primat de la liberté individuelle autorise-t-il à lui décerner « le label de principe » ?

phare du droit positif »¹⁴³ des sociétés? Une réponse positive serait souhaitable, même si cette liberté ne doit pas être absolue car, comme l'affirmait Gérard Cornu¹⁴⁴, « La liberté dans la probité, la devise est de haute tradition ».

¹⁴³ Selon une expression empruntée à Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?», in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 605.

¹⁴⁴ G. CORNU, « Livre Troisième-Titre III, Des obligations », Rapport CATALA, 2005, p. 9.

LE DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DE L'OHADA : LE REGRET D'UN PROJET D'ACTE UNIFORME ABROGE¹

**Christian Techiotop,
doctorant en droit des affaires
Université de Dschang - Cameroun**

1. L'internationalisation croissante des échanges commerciaux rompt totalement avec le système commercial traditionnel parcellaire et autarcique. Cette évolution économique est allée de pair avec la recomposition de l'environnement juridique mondial sous les auspices des lois du marché². C'est pourquoi, devant l'affaiblissement de l'État nation face à l'accélération des flux d'échanges transnationaux, la dynamique de construction de nouveaux paysages normatifs, semblent s'orienter vers une gestion communautaire des intérêts nationaux³. L'Afrique, pour ne pas être en reste dans ce mouvement, s'est résolument orientée vers l'intégration juridique⁴, répondant ainsi aux vœux de l'un des pères des indépendances africaines, pour qui l'Afrique doit s'unir pour une communauté africaine globale⁵.

2. C'est précisément Barthélémy Boganda qui fit la première tentative dans cette voie en proposant la création d'un Etat unitaire centrafricain qui visait, non pas le regroupement des territoires, mais leur suppression pure et simple⁶. Ainsi a vu le jour le traité d'Abuja⁷ qui demande aux Etats de créer

¹ L'auteur remercie le professeur François ANOUKAHA, pour ses observations en vue de la correction de cette réflexion.

² A. CISSÉ, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 198.

³ L. BOY, « Les réponses du droit à la mondialisation de l'économie », disponible sur : <http://www.unicee.fr/CREDECO/textes/mondialisation-boy.html>

⁴ A. DIOUF, Propos introductifs lors de la troisième rencontre inter-juridictionnelle des cours communautaires de l'UEMOA, la CEMAC, la CEDEAO et l'OHADA, Dakar 4, 5, 6 mai 2010.

⁵ NKWAME NKRUMAH, *Afin d'améliorer des perspectives économiques, l'Afrique doit s'unir* ; Paris. Présences africaines 1994.

⁶ C.J. de DREUX-BREZE, *Le problème de regroupement en Afrique équatoriale*, Paris, 1968, Tome II, p. 13.

⁷ Le traité d'Abuja instituant la Communauté économique africaine en abrégé C.E.A, a été signé le 3 juin 1991 par les 51 Etats membre de l'O.U.A au Nigeria. Il est entré en vigueur le 12 mai 1994.

de nouvelles communautés dans les régions où elles n'existent pas. Dans ce contexte rénovateur , il faut apprécier la création progressive d'un droit communautaire en Afrique francophone⁸, lequel désigne à la fois l'ensemble des règles juridiques tendant à moderniser le système institutionnel des organisations sous-régionales d'intégration économique et à promouvoir un nouvel environnement susceptible de sécuriser l'activité économique dans le cadre de la priorité commune des Etats membres de construire, à brève échéance, une communauté économique africaine, bien qu'il faille ne pas perdre de vue la constante distinction faite entre « le droit de l'intégration », « le droit international » et le « droit communautaire », selon une savante formule du juge Pescatore⁹.

3. L'ordre juridique communautaire est constitué de règles dont la finalité est de réaliser une intégration économique voire politique (progressivement achevée) entre les Etats membres. Tour à tour considéré comme ordre juridique nouveau¹⁰, ordre juridique propre de droit international¹¹, le droit communautaire paraît aujourd'hui constituer une des composantes essentielles du droit des gens¹². Cette diversité terminologique liée aux notions de droit international, droit de l'intégration et de droit communautaire, notions en vérité plus ou moins voisines, confirme à la fois les principes d'autonomie et de primauté du droit communautaire sur les droits nationaux des Etats membres¹³.

⁸ Pour plus de précisions sur cette notion de droit communautaire UDEAC/CEMAC, Désiré AVOM, « Le Traité CEMAC : nouveau départ pour le processus d'intégration en Afrique Centrale ? » *RJPIC*, 2^{ème} trimestre 1998, p. 158-179

⁹ Lequel appelle à ne jamais confondre ces notions voisines. Cf. P. PESCATORE, *Droit International et Droit Communautaire : essai de réflexion comparative*, Les conférences universitaires n° 5, Nancy, mars 1971.

¹⁰ Cf. CJCE, 5 février 1963, Aff. 26/62. Rec.1, Vand Gend en Loos.

¹¹ Cf. avis du 14 décembre 1991 dans lequel la CJCE pose le principe selon lequel le droit communautaire « constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants ».

¹² Et pourtant, comme le font remarquer fort à propos certains auteurs et comme dans tout ordre juridique, « l'élaboration de la norme n'est pas une fin en soi. Ce qui importe, c'est que cette norme soit effectivement appliquée pour répondre à la fonction qui lui est assignée. Or, la norme communautaire a cette remarquable particularité de produire ses effets dans un ordre juridique distinct de celui qu'il procède ». Voir en ce sens J. BOISSEAU, *Le degré de pénétration de la norme communautaire dans l'ordre juridique français*, s. dir. de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Paris 2, 1999, p. 26.

¹³ En effet, comme le relève fort opportunément le juge PESCATORE, « le droit communautaire est, par son essence même, un dépassement du droit national. Sa visée est de substituer aux disparités et aux contradictions des législations nationales un droit (...) commun et uniforme ». Cf. P. PESCATORE, *Droit International et Droit communautaire : essai de réflexion comparative*.

4. En effet, issu de traités internationaux, il peut être considéré comme « un ordre international à caractère régional »¹⁴ destiné à faciliter l'intégration des Etats membres¹⁵. Il ne peut, poursuit le juge Pescatore, « en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même»¹⁶. En effet, comme il est depuis établi par la doctrine, il ne peut y avoir intégration économique sans qu'on ne touche au droit économique, c'est-à-dire à l'ensemble des règles juridiques régissant la vie des acteurs et des activités, aussi que celle des biens et des richesses économiques¹⁷.

5. L'OHADA¹⁸ n'est donc pas éloignée de ces préoccupations intégrationnistes. Partant du constat du caractère disparate, diversifié et vétuste du droit des affaires applicable dans les anciennes colonies françaises, l'idée d'une harmonisation couplée d'une modernisation du droit des affaires en Afrique est née¹⁹. C'est ainsi que l'OHADA a vu le jour le 17 octobre 1993 à Port-Louis. Les objectifs de l'OHADA apparaissent très vite dès le préambule du traité de 1993 ainsi que du traité révisé en 2008 au Québec²⁰. Il s'agit pour l'OHADA d'unifier tout en modernisant la législation des pays d'Afrique francophone²¹ dans le domaine du droit des affaires, afin de créer un climat de confiance en faveur des économies de

¹⁴ Cf. P. PESCATORE, *supra*, p. 5.

¹⁵ Et au juge PESCATORE de poursuivre : « le droit communautaire ne peut se borner à affirmer sa prétention de pénétrer à l'intérieur de l'ordre juridique des Etats membres ; il doit, à son tour, se montrer sensible aux exigences découlant de la création (combiné difficile) d'un ordre juridique à l'échelle globale » ; in préface à O. J. GUILLARMOD, *Droit Communautaire et Droit International Public*, Librairie de l'Université de Genève, 1979.

¹⁶ Cf. P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes : étude des sources du droit communautaire* ; Presses Universitaires de Liège, 3^{ème} Ed., Liège, 1975, p. 227. Pour plus de précisions sur cette question, voir G. DRAGO, *Contentieux administratif français*, PUF, 1998, p. 330 et s.

¹⁷ J. ISSA-SAYEGH, *L'intégration juridique des pays africains de la zone franc*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸ Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

¹⁹ Sur l'état du droit en Afrique noire francophone avant l'OHADA, voir K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites affiches* n° 205, 2004, p. 4.

²⁰ Signé le 17 octobre 1993 et entré en vigueur le 18 septembre 1995, le traité de Port-Louis (en Ile-Maurice) l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a pour objectif global de favoriser, au plan économique, la sécurité juridique et judiciaire dans les affaires au niveau de ses dix-sept États membres et de dynamiser l'intégration régionale qui doit conduire enfin de compte à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux dans une communauté économique africaine. L'ordre juridique OHADA est donc dès son origine porteur de l'objectif d'encourager l'investissement .En ce sens, G. N'GOUUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits des lois*, Thèse Lyon 3, 2009, n° 6, p. 6.

²¹ A l'origine, mais actuellement l'OHADA est ouvert aux pays de la Common Law.

leurs pays. La finalité de l'OHADA est donc l'unification du droit pour « faire de l'Afrique un pôle de développement²² ».

6. Préparant les acteurs de la vie des affaires à l'avènement progressif d'un vaste marché commun, on a voulu faire de l'intégration juridique le levier indispensable de l'intégration économique. Ainsi, la sécurité juridique et judiciaire est l'objectif médiat, tandis que le développement économique de l'Afrique est l'objectif à long terme. Pour ce fait, l'accent a été mis sur la supranationalité qui permet d'introduire directement les normes dans l'ordre juridique interne des Etats-parties sous la forme d'actes uniformes. Les actes uniformes sont directement applicables dans les Etats et abrogent toute disposition antérieure ou postérieure contraire²³. A ce jour, neuf actes uniformes ont été adoptés²⁴ et d'autres sont en voie de préparation²⁵. Le constat qu'on peut faire à ce niveau est celui de l'absence d'un droit de la concurrence parmi les actes élaborés ou ceux en cours de préparation comme si la concurrence ne faisait pas partie des affaires.

7. Le droit de la concurrence regroupe l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires visant à garantir le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie posé depuis la loi Le Chapelier²⁶. La plus grande partie de ces règles est en effet destinée à faire obstacle aux ententes²⁷ et aux situations de domination économique²⁸, qui tendent à la suppression ou à la restriction de la concurrence entre les entreprises venant

²² Préambule du traité OHADA révisé.

²³ Article 10 du traité OHADA.

²⁴ L'A.U relatif au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, aux sûretés, aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, aux procédures collectives, au droit de l'arbitrage, à la comptabilité et aux contrats de transport de marchandises par route.

²⁵ Trois avant-projets d'acte uniforme sont en discussion, même si, à la vérité, l'on ne peut se prononcer avec exactitude sur le sort de l'un ou de l'autre (l'on constate tout de même que l'objet de ces avant-projets déborde de loin le domaine matériel du droit des affaires avec, dans l'espace OHADA, le risque d'engloutissement du droit interne : voir sur les risques de l'extension du domaine du droit OHADA, l'entrée Notion de droit OHADA). Il s'agit par ordre chronologique d'ouverture du chantier du projet d'acte uniforme sur le contrat de consommation ; du projet d'acte uniforme sur les contrats, du projet d'acte uniforme relatif au droit du travail.

²⁶ D'origine lointaine, la réglementation de la concurrence commence à prendre véritablement corps avec l'ordonnance française de 1945 qui a pour objet d'instituer une réglementation des prix. Cette ordonnance, après plusieurs modifications sera remplacée par l'ordonnance française du 1^{er} décembre 1986, relatif à la liberté des prix et de la concurrence. C'est ce texte qui après quelques modifications reste encore applicable aujourd'hui en droit français.

²⁷ Terme générique désignant les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées, etc.

²⁸ Notamment les excès ou abus de positions dominantes, de monopoles et de concentrations économiques.

en compétition sur le marché. Elles visent à assurer le fonctionnement du marché dans les conditions jugées nécessaires en économie capitaliste, et forment, peut-on dire, le droit de la concurrence dans ce qu'il a de plus spécifique²⁹.

8. La doctrine française rattache également au droit de la concurrence le droit des pratiques restrictives de concurrence³⁰ ainsi que le droit de la concurrence déloyale, bâti essentiellement sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile³¹. Par opposition au « grand droit de la concurrence », ces deux branches sont parfois qualifiées de « petit droit de la concurrence » et au sens large du mot, vise à empêcher les agissements fautifs par lesquels une entreprise cherche à détourner la clientèle d'une autre en créant la confusion entre leurs produits respectifs, en dénigrant sa rivale ou en essayant de la désorganiser³². De tels agissements sont prohibés et sanctionnés indépendamment de toute incidence directe sur le fonctionnement du marché dans son ensemble. Aussi bien s'insèrent-ils, le plus souvent, dans les rapports entre deux entreprises isolément considérées³³.

9. L'idée se fonde sur la constatation que le droit des affaires qui coïncide avec le droit commercial au sens large, dont le droit économique englobe le droit de la concurrence³⁴. On voit la référence du concept de concurrence au droit des affaires est à la fois commun et familier au point où l'absence d'un droit uniforme sur la concurrence en OHADA risque de condamner son système de sécurisation des activités économiques et d'attractivité des investissements³⁵. Voilà sans doute pourquoi le Conseil des ministres de

²⁹ Cette branche du droit est l'un des fondements du droit communautaire de l'Union européenne.

³⁰ Inséré au titre IV du Livre IV du Code de commerce (« De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ») ; www.legifrance.gouv.fr. Consulté le 20 mai 2010.

³¹ En effet, à la faveur d'un mouvement généralisé de libéralisation du commerce durant les années 1990 dans les pays africains, on a assisté au sein de l'espace OHADA à l'émergence ou à la consolidation de véritables droits nationaux de la concurrence, à travers l'adoption par la plupart des États membres d'une législation plus ou moins étouffée.

³² Par exemple, par un débauchage systématique de personnel qualifié.

³³ La concurrence déloyale est expressément prévue par la loi camerounaise du 14 juillet 1998 fixant le régime de la concurrence.

³⁴ J.-PH. COLSON, *Droit public économique*, 3^e éd., Paris 2001. Cette manière assez différente de « classer » cette branche du droit n'est pas surprenante ; elle met en évidence les aspects administratifs (rapports entre l'État et les administrés, en l'occurrence, les entreprises) ou les aspects de droit privé (rapports des entreprises entre elles).

³⁵ Sur la problématique de la pertinence d'une politique de la concurrence en OHADA, voir MOR BAKHOUM, « Perspectives africaines d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 251-378 ; et Joseph DREXL,

l'OHADA avait voulu faire de la concurrence un droit³⁶. Mais si la concurrence était ainsi devenue un sujet de l'OHADA, elle n'était rien d'autre qu'une parenthèse fermée avant d'être ouverte, un projet mort né puisque les travaux de l'organisation ont été abrogés³⁷. On pourra peut-être regretter qu'il n'en soit resté rien d'autre.

11. Techniquement, le problème se pose de savoir comment l'harmonisation du droit de la concurrence est possible avec l'OHADA. Notre réflexion tend à inviter le législateur OHADA à refaire de la concurrence un nouveau sujet en remettant sur la table des débats la question de l'élaboration d'un acte uniforme de la concurrence. En effet, il est temps que l'OHADA reprenne son objectif de développement économique afin de satisfaire aux principales exigences du commerce mondial que sont la compétitivité des entreprises et la promotion des investissements privés ; ce double objectif que la réforme du droit des affaires de l'OHADA semble poursuivre dans le domaine qui lui est réservé, en favorisant les concentrations d'entreprises et en assurant la sécurité des activités économiques³⁸.

12. Certainement l'OHADA n'a de sens que si l'on a une conception stricte du droit des affaires sinon c'est tout le droit qui sera uniformisé³⁹. Mais au lieu d'abandonner le projet d'un acte uniforme sur la concurrence, le conseil des ministres se serait résolu de respecter un certain nombre de principes, dont l'adoption possible d'un droit de la concurrence adapté aux économies des États membres de l'OHADA (**I**) et la réforme de l'architecture procédurale pour un droit de la concurrence effectif en OHADA (**II**).

« Perspectives européennes d'une politique de la concurrence dans l'espace OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2011, p. 21-30.

³⁶ L'article 1^{er} de la décision n° 002/2001/CM les 22 et 23 mars 2001 de Bangui relative au programme d'harmonisation des droits des affaires en Afrique disposait : « Sont incluses dans le domaine du droit des affaires les matières ci-après énumérées : le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats et le droit de la preuve ».

³⁷ Ce projet a été abrogé lors de la réunion du conseil des ministres du 13, 14, et 15 décembre 2010 tenu à Lomé.

³⁸ H.-D. MODI KOKO BEBEY, *La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie*, IDEF.htm

³⁹ C'est l'esprit du législateur OHADA pour éviter la situation dans laquelle « toute matière peut faire partie du droit des affaires ». Cf P.G. POUGOUE et Y. R. KALIEU ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, P.U.A, Yaoundé, août 2008, 225 p.

I - L'adoption possible d'un droit de la concurrence adapté aux économies des États membres de l'OHADA

13. L'analyse des économies des États membres de l'OHADA laisse transparaître un tissu économique lâche, vulnérable et structurellement faible, avec des situations de monopole et aménagements dérogatoires en faveur des entreprises publiques ou des situations d'octrois directs ou indirects d'aides sélectifs à un ou plusieurs secteurs de l'économie nationale⁴⁰. Par ailleurs il ressort de l'article 1^{er} du traité de l'OHADA que cette organisation a pour objectifs l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation des économies des pays membres. En outre, elle doit favoriser l'investissement⁴¹. C'est en tenant compte de ces deux objectifs que l'OHADA devrait définir son domaine d'application en droit de la concurrence (*A*) avant d'en prescrire la soumission concrète des interventions publiques (*B*) .

A - La définition du domaine du droit de la concurrence OHADA

14. Cette définition est commandée par une identification exacte d'un droit de la concurrence de l'OHADA aussi évidente que cela puisse apparaître. En effet, il s'agit systématiquement de concilier les droits communautaires CEMAC et UEMOA déjà en vigueur dans l'espace OHADA et les droits nationaux de la concurrence (*I*). Certainement pour entrer dans le champ de l'OHADA ; il ne sera pas opportun que les pratiques interdites affectent le commerce intracommunautaire. D'où l'inutilité du critère d'affectation du marché intracommunautaire en OHADA (*2*).

I - La conciliation systématique des droits de la concurrence dans l'espace OHADA

15. Il faut relever tout d'abord que la ligne de démarcation entre les droits communautaires de la concurrence CEMAC et UEMOA et les droits nationaux n'est pas aisée à établir en raison de l'interdépendance éventuelle des phénomènes économiques et des situations juridiques considérées. Par exemple, les pratiques restrictives non prévues par les droits

⁴⁰ Cf. E. GNIMPIEBA TONNANG, « Recherches sur le nouvel encadrement communautaire des ententes anticoncurrentielles des entreprises en Afrique Centrale », in *Revue Penant* n° 862, janvier-mars 2008, p. 5-35.

⁴¹ Ces objectifs ont été clairement rappelés lors de la célébration du 10^{ème} anniversaire de l'OHADA à Porto Novo au Bénin en 2004 : « L'objectif principal de l'OHADA est de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire constatée dans les différents États parties, en modernisant et en harmonisant le droit des affaires afin réinstaurer la confiance des investisseurs et de faciliter les échanges. » F. AHO in Rapport général, inédit.

communautaires⁴² notamment le refus de vente, la revente à perte et les ventes discriminatoires peuvent être l'expression d'un abus de position dominante ou d'une entente anticoncurrentielle⁴³. Ce flou provoque le risque d'une application simultanée des droits nationaux et des droits communautaires ou alors le risque de voir perdurer des infractions au droit de la concurrence dans l'attente d'une décision des organes régionaux⁴⁴ en raison de la primauté du droit communautaire. Ce qui justifie l'intérêt d'une adoption d'un droit de la concurrence à la fois interne et communautaire dans le cadre de l'OHADA. D'ailleurs, un tel acte uniforme relatif au droit de la concurrence comblerait un vide juridique dans les pays membres qui n'ont pas de législations nationales de la concurrence et viendrait également en complément à la création d'espaces de libre-échange dans le cadre de la CEMAC, de l'UEMOA et de la CEDEAO.

16. Certes on pourra objecter qu'un droit de la concurrence ne peut être à la fois interne et communautaire. Mais cela ira de l'originalité de l'OHADA si l'on se réfère aux principales exigences du commerce mondial que sont la compétitivité des entreprises et la promotion des investissements privés. Ainsi un acte uniforme sur le droit de la concurrence devrait converger simplement vers une philosophie générale unique sur le plan du fond du droit. Il s'agira de la définition d'infractions relatives aux pratiques anticoncurrentielles d'une part et d'autre part celles relatives à la concurrence déloyale. La conséquence majeure de l'intégration recherchée est que la législation uniforme de l'OHADA revêt le caractère d'une législation à la fois internationale que nationale⁴⁵.

17. Le droit secreté sera alors destiné non pas à la satisfaction des intérêts de l'organisation, mais à être mis à la disposition des États ainsi que des communautés économiques et monétaires, existantes ou futures. Il ne sera donc pas question que seules les restrictions de la concurrence « à l'intérieur de l'organisation » soient retenues.

⁴² Comme on le constate, le droit national « occupe le terrain »laissé libre par le droit communautaire.

⁴³ Lorsque le refus de vente résulte d'agissements de plusieurs acteurs, il est assimilable à une entente. CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, Aff. C-14/68, *Rec.*, p. 1.

⁴⁴ La commission de l'UEMOA et le conseil régional de la concurrence de la CEMAC.

⁴⁵ Le domaine d'intervention de l'OHADA est général et concerne tout le droit des affaires. En ce sens elle peut même intervenir dans des domaines de compétence des autres organisations avec pour seul souci de dégager des règles pour des États et des communautés.

2 - L'inutilité du critère d'affectation du marché intracommunautaire en OHADA

18. Certes l'objectif premier de l'OHADA n'est pas la création d'un marché commun comme c'est fut le cas à l'origine, avec la CEE⁴⁶. Il n'en demeure pas moins que, dans le préambule de cet instrument, l'OHADA s'auto-présente à tort ou à raison comme une organisation visant « la réalisation progressive de l'intégration économique » de ses États membres dans un « cadre africain plus large » que la zone Franc. Cette hétérodoxie a été facilitée par le rappel de l'attachement des États signataires à « l'unité africaine » dans le cadre de leur engagement en faveur de l'institution d'une « communauté économique africaine » dans le préambule du traité. Le juge Keba Mbaye affirmait déjà à l'appui que l'OHADA est « un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance »⁴⁷.

19. Le vaste marché commun visé entre les États membres de l'OHADA est « un grand espace sans frontières dans lequel les échanges s'effectueront dans les mêmes conditions que dans un marché intérieur ». Le marché, dans le sens primaire du terme s'entend de la définition de la sphère territoriale sur laquelle les entreprises concernées se sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lesquels les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines⁴⁸. L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, comme son nom l'indique, a une ambition continentale dans la mesure où elle n'entend pas se confiner dans une quelconque zone régionale ou sous régionale. Le champ d'application du droit uniforme OHADA est donc appelé à s'étendre à tous les États africains, conscients aujourd'hui que

⁴⁶ L'objectif initial et constamment rappelé de la création de la Communauté économique européenne (CEE) était de créer un grand marché commun en vue d'assurer l'intégration économique des six États membres. Certes, les ambitions de cette communauté, devenue depuis lors l'Union européenne, ont beaucoup évolué et, à la création du marché commun se sont ajoutés d'autres objectifs comme par exemples l'harmonisation du droit des contrats même si le projet en cours ne fait pas toujours l'unanimité. Sur la place centrale du marché dans les dynamiques d'intégration économique, cf. C. FLAESCHMOUGIN et J. LEBULLANGER, *Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amériques, Afrique*, Bruxelles, Bruylants, 2010, « Avant-propos », p. XVII-XXI (spéc. p. XVIII).

⁴⁷ K. MBAYÉ, « Avant-propos sur l'OHADA », Numéro spécial sur l'OHADA, *Recueil Penant*, n° 827, 1998, p. 125-128.

⁴⁸ Du fait de trois nouvelles adhésions au traité depuis sa signature, l'OHADA compte actuellement seize États membres : il s'agit ici des 14 pays de la zone franc CFA (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad et le Togo.) plus les Comores et la Guinée Conakry et la République démocratique du Congo.

l'unification de leurs différentes législations est la passerelle ultime pour favoriser la renaissance de leurs économies⁴⁹.

20. Cependant tout comme les articles 88 et 89 du traité de Dakar, afin d'exclure toute ambiguïté dans la répartition des rôles entre les administrations nationales et les institutions communautaires⁵⁰, l'acte uniforme ne devrait pas recourir au critère de l'affectation du commerce entre les États membres dans la définition des infractions à la libre concurrence⁵¹. L'application de l'acte uniforme sur le droit de la concurrence ne pourrait donc pas exiger qu'une partie importante (« substantielle ») du marché commun soit affectée⁵² et on pourra réprimer les pratiques des entreprises lorsqu'il s'agit uniquement d'un État, d'une région, d'un département ou d'une commune ; même si l'effet anticoncurrentiel se limite à l'intérieur d'un État⁵³. L'originalité de cette finalité pourrait être résumée dans cette formule du professeur Pougoué, forte révélatrice selon laquelle « l'ordre juridique créé par l'OHADA est propre, tout en étant intégré au système juridique des États-parties »⁵⁴. D'ailleurs une pratique illicite peut se dérouler à l'intérieur d'un territoire national et affecter indirectement les échanges intracommunautaires⁵⁵.

⁴⁹ Le traité OHADA est ouvert à l'adhésion de nouveaux États, qu'ils soient membres ou non de l'Union africaine, cf. article 53 du traité, ainsi que l'atteste la toute prochaine adhésion de la République démocratique du Congo.

⁵⁰ Voir à cet effet S.-J. PRISO-ESSAWE, « L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence : 'double variation sur une partition européenne' » *R.I.D.C.* 2-2004, p. 329-354.

⁵¹ Dans la CEMAC, le principe est retenu aussi bien pour les ententes et les concentrations (respectivement articles 3 et 6 du règlement 1/99 CEMAC) que pour les marchés publics (article 11 du règlement 4/99). Mais si dans les deux derniers domaines, des critères de détermination de la dimension communautaire sont établis, seul le silence gouverne le seuil des ententes. En Afrique centrale, les marchés publics doivent être soumis à la concurrence dès lors que leur montant dépasse la limite définie par le Conseil (article 11 du règlement 4/99), et les concentrations ont une dimension communautaire « lorsque deux au moins des entreprises partenaires réalisent sur le Marché commun un chiffre d'affaires supérieur à un milliard de francs CFA chacune ou les entreprises parties à l'opération détiennent ensemble 30 % du marché ».

⁵² Comme l'a fait l'art. 82 (ex art. 86) du traité de Rome

⁵³ En effet, le législateur CEMAC prescrit que les ententes de dimension communautaire ne sont illicites que dès l'instant où elles « sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres(...)» ont pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

⁵⁴ P.G. POGOUÉ, L'OHADA en perspective, communication au colloque international de septembre 2005 à Bordeaux sur l'Harmonisation du droit (approche comparative), inédit, p. 6.

⁵⁵ En considération de ces signes de référence, on peut admettre qu'une pratique qui touche notamment une ville comme Douala au Cameroun, ou comme Port-Gentil au Gabon par exemple, relève du droit communautaire du moment où le marché de ces parties de territoires évoqués représente une proportion appréciable du marché commun, au regard par ailleurs de leur position géographique dans l'Afrique centrale.

21. Quo qu'il en soit le souci premier du droit de la concurrence, ce qui le préoccupe, en principe, c'est l'établissement d'un certain ordre public économique, notamment la recherche de l'efficience macro-économique, entendue comme « la plus grande satisfaction du consommateur par les producteurs compte tenu de la rareté des ressources globales de la collectivité »⁵⁶. Il n'est pas nécessaire que l'atteinte ait un effet réel sur les échanges, il suffira de démontrer que la pratique est « susceptible d'affecter la concurrence ». Toutefois l'entrave à la concurrence ne s'apprécie pas *in abstracto* mais *in concreto* et la règle *de minimis* est écartée⁵⁷. Une restriction insignifiante de la concurrence ne serait donc pas sanctionnée⁵⁸. Pourrions être mis en perspective les éléments ci-après : le contexte économique ; la nature des pratiques, la réalité des pratiques, les incidences des pratiques sur la concurrence, les éventuelles contributions au progrès économique le profit (pas seulement pécuniaire) aux consommateurs⁵⁹. Nul ne contestera par ailleurs que, dans certaines conditions, les interventions publiques, malgré ses imperfections, n'en soient potentiellement bénéfique. D'où la nécessité de les encadrer.

B – Le nécessaire encadrement des interventions publiques économiques

22. Le rôle régulateur des pouvoirs publics peut se justifier théoriquement par l'existence de défaiances de marché, qu'il s'agisse des externalités⁶⁰, des biens collectifs ou des monopoles naturels, qui empêchent le marché d'aboutir à une solution optimale en terme de bien-être pour la société. Ce phénomène qui constitue «une tendance lourde de la mondialisation »⁶¹, répond à la fois au souci des États d'être compétitifs dans les échanges commerciaux pour satisfaire la demande sociale ou alors, sauvegarder de

⁵⁶ F. JENNY, « Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience », *Cah. dr. entr.* 1989/4, p. 5.

⁵⁷ La Commission européenne, afin de promouvoir la coopération entre petites entreprises fixe ce seuil à 5 pour cent.

⁵⁸ F. M. FISHER, “Competition in European Union”, *Journal of Economic perspective*, 1987, vol. 1, n° 2.

⁵⁹ En revanche, il n'est pas fait allusion à deux conditions importantes : la proportionnalité entre les restrictions et ce bénéfice d'une part et au fait qu'il doit toujours demeurer une certaine dose de concurrence. Ceci pourrait être ajouté lors des réformes.

⁶⁰ On parle d'externalité (ou d'effet externe) lorsque l'action de consommation ou de production d'un agent a des conséquences sur le bien-être d'au moins un autre agent sans que cette interdépendance soit reconnue par le système de prix, et donc sans donner lieu à compensation monétaire. L'agent émetteur de l'effet externe n'est alors pas conduit à intégrer dans son calcul avantages-coûts la nuisance (en cas d'externalité négative) ou le bénéfice (en cas d'externalité positive) que son comportement engendre pour autrui. Par suite, la valeur sociale de son activité diffère de sa valeur privée.

⁶¹ M.M.M. SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *RIDE*, 2001, p. 258.

l'intérêt général⁶². Mais l'action économique des États membres poserait problème chaque fois qu'elle se heurtera aux exigences de la concurrence que pourra consacrer l'ordre juridique OHADA. C'est d'autant plus le cas lorsqu'il y a opposition entre les règles résultant du statut public et les exigences de la concurrence. C'est à quoi devra s'atteler le législateur OHADA qui, en consacrant la soumission des activités des entreprises publiques aux règles communautaires de la concurrence (1), devra par la même occasion prescrire aux États membres de respecter la concurrence entre les entreprises (2).

1 - La soumission des entreprises publiques au droit uniforme de la concurrence

23. Il est de plus en plus rare que l'État gère ses activités économiques directement « en régie », selon l'expression habituellement utilisée⁶³. En effet, depuis la nuit des temps, l'État, outre son statut de régulateur des relations multiformes entre acteurs sociaux, s'est inséré dans la sphère économique. Apparue dans le droit français à partir d'un arrêt du Tribunal des conflits⁶⁴, la notion de « service public » s'est assez vite substituée à celle de puissance publique pour fonder le droit administratif francophone. C'est à travers les arrêts du Conseil d'État du début du siècle dernier que les principes du service public « à la française » se sont peu à peu constitués, et vite repris par le législateur africain indépendant : égalité de traitement des usagers, continuité du service, et mutabilité ou adaptabilité du service public⁶⁵.

24. Un peu plus tard, par une jurisprudence constante, le Conseil d'État français allait fonder la notion de service public industriel et commercial, et justifier ainsi l'extension des missions régaliennes de l'État⁶⁶. Désormais, la théorie du service public allait asseoir la légitimité de l'intervention étatique dans l'économie, en faisant de ce dernier non seulement un instrument de puissance publique, mais aussi un moyen au service de la collectivité. Le

⁶² L. GOVAERE, « L'établissement des règles des marchés nationaux ou régionaux : de l'État régulateur souverain aux organisations d'intégration régionales promotrices, protectrices et intermédiaires », *RIDE*, 2003, p. 328.

⁶³ C.E. 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la Cour de Paris, *Rec.491* ; A.J.D.A. 1998.362, concl. COMBREXELLE, et 369, note NOUEL.

⁶⁴ TC, Blanco, 8 février 1873.

⁶⁵ Pour plus de développements sur cette notion de service public, voir C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », *RJPIC* n° 2-3/2002, *op. cit.*

⁶⁶ Cette démarche s'inscrivait dans un contexte marqué par le développement de l'école du service public conduite par Léon Duguit ; laquelle participera de façon radicale à la reconnaissance de certaines missions d'intérêt général qu'il incombe à l'Etat d'organiser.

nouveau législateur national dans les pays africains marqua d'ailleurs assez vite cette continuité de l'interventionnisme économique étatique, saisi par le droit et réaffirmé notamment à l'occasion de l'espèce Société commerciale de l'Ouest africain⁶⁷, en positionnant la propriété publique comme nécessaire dès lors qu'apparaissent notamment des situations de monopole.

25. Il reste que ces défaillances de marché concernent généralement un nombre considérable d'agents économiques, souvent si élevé que les coûts de transaction qu'occasionnerait un traitement privé de ces défaillances atteignent des niveaux prohibitifs⁶⁸. De là à conclure que l'État est fatallement « celui qui dérange » l'ordre idéal du marché⁶⁹. Comment l'État, arbitre principal du libre jeu de la concurrence à l'intérieur des frontières nationales, pourrait-il garantir l'impartialité recherchée tout en étant en même temps partie à la concurrence ? Si, *a priori* le droit de la concurrence semble en contradiction avec les entreprises publiques, en réalité le paradoxe tombe dès lors que l'on considère que les entreprises publiques sont d'abord des entreprises : à ce titre, comme les entreprises privées⁷⁰.

26. Si surprenant que cela puisse paraître, la base des relations entre entreprises publiques et droit de la concurrence réside dans le principe de neutralité de ce dernier⁷¹. Comme on le sait, en droit antitrust, il ne faudrait pas que les entreprises publiques profitent de leur position pour éliminer les concurrents sur le marché intérieur. Il est donc nécessaire de s'assurer que l'entreprise publique ne dispose d'aucun moyen exorbitant lui permettant de fausser la concurrence sur le marché tel des subventions.

⁶⁷ TC, 22 janvier 1921, R. 1933, note BLUM.

⁶⁸ Comme le rappelle fort à propos le professeur SAIDJ, « La compétitivité des entreprises a, de son côté, constitué pour les gouvernants une préoccupation telle qu'elle a suscité, dans un premier temps, un véritable maquis d'aides publiques notamment direct dont la complexité (...) a cependant nuit à l'efficacité » - In *Finances publiques*, Dalloz, Col. Cours, 1995, p. 206.

⁶⁹ Lire à cet effet C. TECHIOTSOP, *L'encadrement des interventions publiques économiques par le droit communautaire de la concurrence en Afrique centrale*, Thèse de master en droit communautaire et comparé CEMAC ; Université de Dschang année 2010-2011.

⁷⁰ On pourra retenir avec M. FRANCK, pour qui l'entreprise publique est « celle qui premièrement réunit les caractéristiques des entreprises privées » et celle qui, « secondairement, dépend, directement ou indirectement, d'un des pouvoirs publics dans une mesure telle qu'elle en subisse la politique, l'inspiration, l'influence, la direction, le contrôle (un seul de ces éléments étant suffisant). C'est celle qui n'agit pas avec l'indépendance d'un particulier ». Cf. P.-A. FRANCK, « Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du Traité CEE », in *Actes du Colloque de Bruges*, 17 septembre 1968, p. 31.

⁷¹ Nulle part ce principe ne s'affiche avec plus d'éclat que dans la disposition célèbre de l'article 222 CCE : « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres ».

2 - La saisine par l'acte uniforme des subventions publiques des États membres

27. Relevons que si l'interventionnisme étatique dans la zone OHADA ne peut plus être contesté, nous soulignons par ailleurs que les coûts générés par cette intervention, pour compenser les défauts, peuvent parfois dépasser ceux issus du libre jeu du marché. Il faut donc pouvoir contrôler les pratiques discriminatoires par lesquelles les États pourraient favoriser leurs économies, leurs entreprises nationales ou fausser la concurrence. Cela est d'autant vrai que l'octroi sélectif d'aides à certains secteurs et acteurs du marché porterait gravement atteinte au libre jeu de la concurrence entre tous les opérateurs économiques⁷².

28. Les aides d'État peuvent être, au moins temporairement, indispensables à la concurrence, au développement de la capacité concurrentielle de certains secteurs, à la lutte contre le chômage et à un développement régional équilibré⁷³. C'est la raison pour laquelle afin de garantir une certaine équité entre les entreprises dans le marché OHADA et neutraliser ainsi les risques de distorsion de la concurrence qu'elle pourrait générer, le législateur communautaire tentera d'organiser le régime juridique⁷⁴ des aides publiques aux entreprises ainsi que celui des marchés publics de dimension communautaire.

29. Les normes communautaires représentent un élément primordial du droit des marchés publics. Seulement la libération doit être encore embryonnaire en ce qui concerne la compétition de ces services publics marchands. Ce retard se ressent tant au niveau communautaire qu'au niveau international, la tentation des États consistant à donner une préférence aux biens et services d'origine national⁷⁵. Les marchés devront respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de

⁷² Dans le cadre de l'Union européenne, on s'aperçoit que les aides constituent pour les Etats membres un puissant moyen de protectionnisme. D'ailleurs pour faire face aux difficultés économiques qui ont affecté la communauté au cours des années soixante-dix, les Etats membres ont multiplié sous diverses formes, les aides à leurs industries. Aujourd'hui encore, face aux effets pervers de la crise financière depuis 2008, les Etats notamment européens n'hésitent pas à faire recours aux subventions et autres aides publiques pour juguler ladite crise.

⁷³ Cf. B. GOLDMAN, LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*. Economica, Paris 2006, p. 770.

⁷⁴ Ce régime est contenu dans le règlement n° 4 /99/UEAC/CM/639 du 18 aout 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre Etats membres.

⁷⁵ P. DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la communauté européenne*, Bruxellant, Bruxelles, 1997, p. 388.

transparence des procédures⁷⁶. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et la bonne exécution des prestations demandées. Ils sont en compatibilité avec les règles de l'Organisation mondiale du commerce.

30. L'accord de l'OMC sur les marchés publics oblige, par son article III, les États à garantir une saine concurrence entre les soumissionnaires en évitant toute discrimination dans l'attribution des marchés. Certes les États de l'OHADA ne constituent pas un ensemble économique homogène en termes de niveau de développement, et dont les entreprises des États les plus industrialisés de la Communauté, sont les plus à même de bénéficier des avantages de la libéralisation communautaire alors que l'objectif déclaré de toute intégration est la recherche d'un développement équitable pour tous les partenaires. Il devient alors indispensable de trouver des compensations pour équilibrer les pertes et les gains et restaurer l'équilibre.

31. Dès lors, il semble évident que le principe de la préférence régionale accordée aux entreprises « ressortissantes de tout État membre de la Communauté » sera confronté à la préférence que chacun des États voudra accorder aux entreprises de son ressort national⁷⁷. Ce qui nécessitera donc de la part des autorités communautaires compétentes une attention et une vigilance particulières⁷⁸.

Conclusion partielle

32. Pour éviter les inconvénients de l'absence de droit uniforme de la concurrence à l'OHADA, il peut être envisagé une définition des pratiques restrictives et les conditions de leur régulation dans un acte uniforme. Mais l'élaboration de ce droit doit être soucieuse de la liberté des États à intervenir dans l'économie et la contrainte, que postule nécessairement l'édition de règles de concurrence. Une chance égale devant être donnée à toutes les entreprises venant en compétition, dans le strict respect des obligations de la performance, parce qu'au final c'est l'État à travers la qualité des prestations

⁷⁶ Certains marchés peuvent être exemptés des règles communautaires sous certaines conditions (ex : armes, munitions et matériel de guerre, si c'est nécessaire pour la protection des intérêts essentiels de sécurité).

⁷⁷ Autrement dit, les coûts et les avantages privés (ceux sur lesquels l'agent fonde son calcul individuel) coïncident avec les coûts et les avantages sociaux (ceux qui doivent être pris en compte au niveau de la collectivité tout entière).

⁷⁸ À cet effet, les règlements communautaires de l'UEMOA et de la CEMAC ont mis en place des mécanismes de garantie des règles énoncées qui, s'ils ont une inspiration commune, s'orientent pour l'une dans un conformisme sobre et, pour l'autre, dans une hétérodoxie mal assurée.

réalisées qui y gagne, et peut par conséquent mieux répondre aux besoins de développement économique.

33. Etant donné qu'un environnement légal structuré ne permettrait pas à lui tout seul d'attirer les investisseurs, aussi la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'OHADA sera-t-elle un défi à relever, sans doute profitable pour ces pays en voie de développement. Ainsi une attention devra être portée tant sur la politique législative que sur l'architecture institutionnelle.

II - La réforme de l'architecture institutionnelle pour un droit de la concurrence OHADA

34. L'application des règles de la concurrence dans l'UEMOA et la CEMAC est articulée autour de deux principes, qu'ils empruntent au système européen, tout en les appliquant suivant des schémas assez différents de l'une à l'autre. La mise en œuvre des règles et la sanction de leur violation sont confiées à un organe soustrait à l'influence des États membres (la commission de l'UEMOA et le conseil régional de la concurrence de la CEMAC), néanmoins soumis au contrôle d'une institution juridictionnelle. Mais si on suit l'architecture institutionnelle actuellement en place dans l'OHADA, les autorités seront compétentes en premier ressort pour la mise en œuvre du droit OHADA de la concurrence dès qu'un comportement aura un effet réel ou parfois seulement potentiel sur son territoire.

35. Le rôle de l'organisation sera alors, non pas de gérer les relations entre des autorités régionales, mais de constater et de sanctionner directement et avec l'aide des États membres, les pratiques restrictives de concurrence adoptées sur les marchés de l'espace OHADA. Ce qui présage déjà la décentralisation du contrôle en droit de la concurrence OHADA (**A**). Cependant parce qu'elle est en fait largement répressive dans la mesure où elle peut aboutir au prononcé des sanctions très lourdes à l'encontre des entreprises en infraction, la procédure menée par les juges devrait être soucieuse des droits fondamentaux des entreprises (**B**).

A - La décentralisation du contrôle en droit de la concurrence OHADA

36. Dans une organisation d'intégration régionale on peut *a priori* penser que le contrôle est exclusivement accompli par les autorités communautaires. Mais une telle conception des choses n'est pas toujours réalisable, du fait de la difficulté à connaître la situation concrète de chaque pays membre⁷⁹. C'est

⁷⁹ O. TOGOLO, « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif » in *Juridis Périodique* n° 63, juillet, août, septembre 2005, p. 78. En effet, par l'organisation du

pour cette raison que l'application du droit communautaire est avant tout l'œuvre des juridictions nationales⁸⁰. Cette observation pourra se vérifier en ce qui concerne le droit produit par l'OHADA. Pour préserver cette originalité architecturale de l'OHADA, la logique restera l'aménagement de l'autonomie procédurale des États membres (1) et le renforcement des fonctions de la CCJA (2).

1 - Le réaménagement de l'autonomie procédurale

37. La procédure a longtemps été considérée comme la branche du droit qui a de profondes racines nationales⁸¹. Cette ouverture du prétoire du juge national ne peut que faciliter la protection des droits que les particuliers peuvent tirer de l'effet direct des normes uniformes de la concurrence⁸². Le rétrécissement de la marge d'appréciation de l'État membre découle directement du principe de coopération loyale⁸³. L'État membre doit non seulement mobiliser son appareil normatif au profit du droit communautaire, mais a également l'obligation de l'adapter. La non-adaptation du droit national aux besoins de l'application effective du droit communautaire par le juge national est constitutive d'un manquement⁸⁴.

38. La souveraineté de l'État exclut sa soumission à un autre État mais non sa soumission à des règles communautaires dont il a participé à l'élaboration⁸⁵.

renvoi préjudiciel (saisine de la Cour de justice de la CEMAC par les juridictions nationales, l'article 17 de la convention régit sauf la Cour de justice de la CEMAC (convention de Libreville du 05 Juillet 1996).

⁸⁰ S. J. PRISO ESSAWE, *Intégration économique et droit en Afrique centrale. Étude de la zone UDEAC*, Université de droit, Montpellier I, 1997, p. 344.

⁸¹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Paris 2010, p. 262, n° 65.

⁸² La victime qui souhaite voir son préjudice réparé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil doit démontrer une faute. Compte tenu des exigences du droit de la responsabilité civile, le juge doit prononcer des dommages-intérêts à hauteur exacte du préjudice subi. Seul le préjudice effectivement subi est indemnisable. Ainsi, si ce dernier « trouve en partie sa cause dans la propre méconnaissance d'une règle par la victime, la somme octroyée à titre de dommages et intérêts sera diminuée ».

⁸³ CJCE, 15 janvier 2004, Intervention Board for Agricultural Produce et Pencoyd Farming Partnership, aff C-230/01, *Rec.* p. I-937.

⁸⁴ Contre CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, *Rec.* p. I-14637.

⁸⁵ La question s'est posée en droit sénégalais lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi afin de se prononcer sur la compatibilité entre le principe de la souveraineté nationale et des articles 14 et 16 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Le Conseil retenait en l'espèce que le dessaisissement de certaines des institutions de la République (Assemblée nationale, Cour de cassation) au profit d'organes de l'OHADA n'était ni total ni unilatéral et qu'il ne s'agissait donc pas d'un abandon de souveraineté mais d'une limitation de souveraineté qu'implique tout engagement international... (décision du CC n° 3/C/93 du 16 décembre 1993, affaire n° 12/93 du 16/12/93= saisine par le président de la République).

De manière générale, lorsque les autorités étatiques agissent pour le compte de la Communauté, leur autonomie est limitée par le principe d'équivalence⁸⁶. Il serait donc opportun que l'OHADA se dote de véritables juridictions compétentes en matière d'affaires en général. D'ailleurs, la nécessité est si urgente que le contentieux des affaires pourra être difficilement déporté entre les juridictions internes. S'agit-il du juge judiciaire ou du juge administratif⁸⁷ ou alors du conseil national de la concurrence ? À ce titre, on pourrait penser à la transformation de ces structures nationales de la concurrence en modèle des tribunaux de commerce, mais composées exclusivement de magistrats professionnels techniquement formés à l'École régionale supérieure de la magistrature de l'OHADA avec, pour unique vocation, de trancher tous les litiges appelant l'application du droit uniforme⁸⁸.

39. Les droits de la concurrence des différents pays membres de l'OHADA mettent en place ou désignent un certain nombre d'organes nationaux chargés de la mise en œuvre des règles nationales de concurrence. Par exemple, au Cameroun, les structures nationales de concurrence englobent non seulement le conseil national de la concurrence, mais également les autres cours et tribunaux pouvant intervenir dans la mise en œuvre de ce droit de la concurrence. La situation de ces organes se caractérise avant tout par le rôle phare du conseil national de la concurrence sur toutes les questions concernant le droit de la concurrence, notamment sur les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de la concurrence, à travers notamment les avis qu'elle émet, les injonctions qu'elle peut donner et les sanctions pécuniaires qu'elle peut infliger sous forme d'amendes et d'astreintes aux entreprises⁸⁹. Ainsi le contrôle auquel le juge national peut se livrer est

⁸⁶ Cela résulte avec force de l'arrêt Kühne & Heitz .CE, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-787.

⁸⁷ En France, le juge administratif exerce des compétences en matière d'aides d'Etat. Lire R. CHETRIT, « La compétence du juge national et la récupération des aides d'Etat non notifiées mais compatibles avec le traité », document disponible sur le site <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/2007/01/07/129>.

⁸⁸ Cette nécessité avait déjà été mise en exergue par le doyen ANOUKAHA : F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », Ohadata D-04-36 ; *Annales de la Faculté de droit de Dschang*, 2002, p. 7. Monsieur le doyen avertissait déjà que « pour une application efficience des Actes uniformes, il paraît souhaitable de créer des juridictions et juges spécialisés ».

⁸⁹ Aux termes de l'article 1^{er} *in fine* de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA, il faut entendre par structure nationale de concurrence « toute institution nationale, à compétence générale ou sectorielle, intervenant dans le domaine du contrôle de la concurrence ». « La Cour de justice (30 janvier 1974 BRT/SABAM) a établi une distinction entre les "autorités des États membres", à savoir les organes administratifs ou juridictionnels spécialement chargés d'appliquer le droit de la concurrence, et les juridictions ordinaires, que le règlement n° 17 n'affirmait pas clairement. En France sont "autorités" la direction générale de la concurrence, le conseil de la concurrence

purement procédural et en cas de défaillance, il faudrait que la CCJA prenne ses responsabilités.

2 - Le renforcement des fonctions de la CCJA

40. La volonté d'unifier le droit des affaires a été tellement forte que les États membres ont créé une Cour commune chargée de contrôler la décision des juges nationaux. Et pour ne rien laisser au hasard, la Cour commune lorsqu'elle casse une décision, évoque et statue sur le fond. Afin que la sécurité juridique soit rationnellement gouvernée en OHADA, les règles communautaires ont également institué une procédure non contentieuse pour permettre aux juridictions nationales⁹⁰ d'obtenir de la CCJA un avis sur un litige pendant devant elles⁹¹. Il est à préciser que la procédure d'avis consultatif est une procédure intéressante en matière d'unification du droit, qu'il est utile de comparer à la procédure de question préjudiciale devant la CJCE⁹². En optant pour cette démarche, logiquement on cherche à réduire les situations contentieuses. Le traité OHADA pourrait confier à la CCJA des compétences de contrôle pour assurer le respect de la concurrence par les États.

41. En plus de ces deux fonctions de la CCJA, il faudrait instituer un recours en notification des projets d'aide d'État. La Haute Cour devait jouer désormais le rôle que joue la Commission de l'Union européenne en la matière. Il existe une règle selon laquelle le droit communautaire ne peut se voir diminué, *a fortiori* privé de son effet utile à l'occasion de sa mise en œuvre par les autorités compétentes des États membres⁹³. L'hypothèse de

et la Cour d'appel de Paris (en appel du précédent), voire la Cour de Cassation » ; J.-C. GAUTRON, *Droit européen* », *op. cit.*, p. 179).

⁹⁰ Une jurisprudence de la CJCE s'est développée autour de la notion de «juridiction», et il en a été déduit que les questions émanant d'arbitres n'étaient pas acceptées, tandis que celles émanant de juridictions institutionnalisées (dont les conseils des ordres professionnels statuant en matière juridictionnelle) le sont. La question ne s'est pas encore posée devant la CCJA, mais le traité semble assez restrictif puisqu'il n'évoque que les juridictions nationales saisies « en première instance et en appel » (article 13 du traité OHADA).

⁹¹ Il s'induit des termes de l'alinéa 2 de l'article 14 du traité que la CCJA joue auprès des juridictions nationales, le rôle d'organe consultatif sur toute question d'interprétation ou d'application du traité, des règlements pris pour son application ou des actes uniformes. La procédure à suivre dans le cadre d'une question préjudiciale est décrite par le règlement de procédure de la CCJA (articles 56 à 58).

⁹² Cette demande d'avis consultatif se distingue de la procédure préjudiciale -telle que définie en droit communautaire- car elle n'émane pas uniquement des juridictions nationales. Étant donné que seuls les États parties, le conseil des ministres de l'OHADA et les juridictions nationales sont les seuls à pouvoir demander l'avis de la CCJA.

⁹³ G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des États-membres en cas de violation du droit communautaire : Études de droit communautaire et de droit national*, *op. cit.* p. 8.

recours en manquement concerne par exemple l'État qui ne respecte pas son obligation de notification ou applique prématûrement son projet d'aide. La Cour pourrait par exemple après l'avoir enjoint sans succès à pourvoir à l'exécution de son obligation dans un délai déterminé, le priver notamment de son droit de vote. En droit des communautés européennes, lorsque les mesures de sanctions s'avèrent inopérantes, « la Haute autorité » se réfère au Conseil qui n'est rien d'autre qu'un organe politique. Une telle mesure n'est pas souhaitée.

B - La protection des droits fondamentaux des entreprises devant les juges

42. En appliquant le droit communautaire, le juge s'acquitte d'une obligation consubstantielle de son statut de juge communautaire. Il doit donc être soucieux des droits de la défense. Il s'agit d'assurer la contradiction des débats (1). Toutefois, le juge devrait de tout temps se rappeler qu'il s'agit d'un contentieux d'affaires. C'est pour cette raison qu'une protection des secrets d'affaires paraît absolument légitime (2).

1 - Le respect de la procédure contradictoire

43. Le principe d'une contradiction suffisamment précise constitue en réalité le corollaire du droit à un recours juridictionnel effectif⁹⁴. A cette fin, les entreprises concernées revendentiquent, en vue d'assurer ultérieurement leur défense un droit d'accès au dossier. Le soin est laissé aux parties et non pas au juge d'organiser, de rassembler et de présenter au tribunal tous les éléments de preuve susceptibles d'emporter sa conviction⁹⁵. Désormais en « véritable magistrature économique », le juge procède par communication des griefs retenus aux parties concernées en leur laissant la possibilité effective de présenter leur défense par écrit ou oralement lors des auditions. Pour évaluer le préjudice, « la démarche du juge est parfois l'évaluation de la part de l'entreprise si la pratique anticoncurrentielle n'avait pas eu lieu en tenant compte de son potentiel de développement au moment des faits »⁹⁶. Mais « l'estimation de l'équilibre concurrentiel et du prix qui lui est associé (...) n'est pas chose aisée »⁹⁷. Seul le préjudice effectivement subi devant être indemnisable.

⁹⁴ Sur le droit d'action, Cf. G. BOLARD, « Notre belle action en justice », In *De Code en Code, Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr*, Dalloz 2009, p. 17.

⁹⁵ F. TEPPA KOLLOKO, « Droit et pratique de la Common Law à l'épreuve du droit OHADA », www.ohada.com, Ohadata D-06-56, p. 3.

⁹⁶ D. FASQUELLE, « Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », AJDA, août-octobre 2007, p. 15.

⁹⁷ E. COMBES, « Quelles sanctions pour les cartels ? Une perspective économique », RIDÉ, 2006, p. 39.

44. Le préjudice subi d'une pratique anticoncurrentielle relevant d'une fine analyse économique, la mission d'évaluation de ce dernier incombe le plus souvent à un expert⁹⁸. Dès lors, la victime peut demander la mise en œuvre d'une telle mesure d'expertise. Il est important de s'appuyer sur un économiste lors de cette phase du litige afin d'encadrer cette expertise. En outre, les parties peuvent contester l'analyse faite par l'expert lors d'un jugement. Les enquêtes devront s'exercer sous réserve du respect de la confidentialité des débats et le prononcé de la sanction doit déboucher sur une procédure dans laquelle les secrets d'affaires des parties restent assurés.

2 - La préservation des secrets d'affaires

45. Il n'est pas malsain que la tactique des entreprises se trouve entourée d'une certaine discréetion⁹⁹. Mais dans un environnement où la sécurité juridique est non seulement une condition de dynamisme, mais aussi de protection des investissements, il est légitime de s'interroger sur la consistance des informations pour lesquelles la confidentialité la plus stricte possible doit être maintenue. De manière générale, il s'agit du « savoir faire » de l'entreprise qui concrètement, peut être considéré comme le coup de main, le tour de main, les astuces techniques qui permettront lors de la mise en œuvre d'un procédé pour aboutir à un produit ayant un rendement plus élevé, une pureté plus grande ou un prix plus intéressant¹⁰⁰. Ce sont en d'autres termes des connaissances qui ne sont pas brevetables en soi mais pour lesquelles l'investissement consacré est généralement plus important que celui qui donne naissance à des connaissances susceptibles d'être brevetées et qui ont une importance financière et stratégique parfois considérable¹⁰¹.

46. Malgré l'importance et la particulière sensibilité de la notion de secret d'affaires pour les entreprises, l'équilibre n'est pas facile à faire lorsqu'il s'agit de l'opposer au droit fondamental de la défense dans son prolongement concernant l'étendue de la production des mémoires en vue de la transparence de la procédure. La nature même des secrets d'affaires impose qu'ils ne soient pas divulgués à des concurrents ou à des tiers, mais pas qu'ils doivent être cachés à la CCJA, qui ne les considère pas comme des « secrets », mais comme des éléments de preuve qu'il doit recueillir. De fait,

⁹⁸ Pour exemple, Paris, 25^e chambre A, 28 juin 2002, *JCP G II*, 10183 ; Paris, 1^{ère} ch. Section A, 30 septembre 1998, Mors c/ Labinal ; TA Paris, 15 décembre 1998, SNCF.

⁹⁹ C. GAVALDA, « Le secret des affaires », *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, Dalloz 1965, p. 316, n° 39.

¹⁰⁰ A. GALLOCHAT, « L'industrie face au secret des affaires », journée d'études de la Faculté de droit Lyon-, 4 avril 1995, Lite 1996, 51.

¹⁰¹ H. LAURENT, Allocution de bienvenue à la journée d'études de la Faculté de droit Lyon-, 4 avril 1995, *op. cit.*, 13.

les affaires concernent exclusivement les commerçants. Cependant l'intérêt de la justice doit justifier des investigations dans le domaine du secret. La recherche de la vérité est primordiale en matière répressive.

47. Les avocats doivent divulguer les informations qu'ils détiennent aux fins du droit de la défense à la Cour sans pour autant encourir les sanctions prévues au plan interne sur la violation du secret commercial¹⁰². Faut-il le rappeler, les entreprises concernées auraient des réticences et des hésitations à fournir certaines informations si elles n'avaient pas l'assurance que leur confidentialité serait prise en considération. Ainsi, le juge doit s'assurer que la procédure contradictoire n'est pas une occasion d'organiser un système généralisé d'un échange d'informations sensibles entre les entreprises qui font l'objet de la procédure. Très souvent, ce sont les mêmes entreprises qui réclament le droit d'être informé des éléments du dossier concernant éventuellement d'autres entreprises, comme prolongement du droit d'être entendu et qui en même temps revendiquent la confidentialité pour les informations qu'elles ont dû elle-même révéler dans le cadre des procédures de vérification des informations¹⁰³.

48. A la demande des parties, le président devrait ordonner le retrait des pièces jugées confidentielles ou de nature à porter atteinte au secret des affaires¹⁰⁴. C'est certainement à cette fin que l'article 35 du règlement de procédure devant la CCJA prévoit la possibilité pour le président de la Cour de prescrire la confidentialité des débats¹⁰⁵. La décision de huis clos comporte défense de publication des débats. Les membres de la dite Cour sont tenus au secret professionnel sous peine de poursuites pénales. Étant entendu que la procédure y relative sera initiée devant les juridictions nationales de fonds et en cas de cassation devant les Cours suprêmes nationales.

49. L'égalité des armes, considérée comme une exigence essentielle du procès équitable¹⁰⁶ est définie par la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme par cette formule que chaque partie doit

¹⁰² Cf. au Cameroun, l'art. 311 du code pénal : « 1) est puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'un amende de 100 000 à 5 000 000 de francs ou l'une de ces deux peines seulement, celui qui révèle sans autorisation de celui auquel il appartient un fait ou procédé industriels ou commerciaux dont il a eu connaissance en raison de son emploi ».

¹⁰³ R. NJEUFACK, *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse, Université de Dschang, déc. 2005, 307 p.

¹⁰⁴ Ceci est une exigence en droit CEMAC où le président de la commission veille au respect du secret des affaires. Article 20 du règlement CEMAC par. 3, 4 et 5.

¹⁰⁵ L'audience est publique, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par la Cour.

¹⁰⁶ F. LUXEMBOURG, « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, n° 34, Chr. p. 2358.

avoir « la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »¹⁰⁷. Il s'agit d'une application devant la haute juridiction du principe dispositif. Ce principe signifie dans son expression première, que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse, le pouvoir de fixer les éléments du litige. Certes, il a été rappelé que le principe dispositif n'implique non plus la cécité du juge¹⁰⁸.

*

* *

50. Au bout du compte, le décor est planté pour un droit uniforme de la concurrence en OHADA. Il s'agira de la définition d'infractions relatives aux pratiques anticoncurrentielles que sont les ententes et les abus de position dominante d'une part et d'autre part celles relatives à la concurrence déloyale que sont la confusion, le dénigrement et la désorganisation. L'affectation du commerce intracommunautaire devra être ici un terme neutre qui exige que l'on l'interprète en faisant prévaloir le souci d'interpénétration économique sur l'analyse purement juridique et il se trouve que l'affectation d'une partie du marché aussi réduite soit-elle, suffira pour mettre en jeu l'application du droit uniforme. La raison, et l'observation, imposent également de reconnaître que le marché et l'État constituent tous deux des organes imparfaits de régulation de l'activité économique¹⁰⁹.

51. La réalisation des objectifs de l'OHADA est inconcevable sans le concours étatique¹¹⁰. La participation de l'État membre au processus de mise en œuvre du droit communautaire est fondée sur le principe de l'administration indirecte qui est le corollaire de la souveraineté étatique. Les juridictions nationales de fonds alors même qu'elles détiendront leur pouvoir de juger de leur ordre juridique étatique, se verront confiées une compétence

¹⁰⁷ CEDH, 16 juill. 1968, n°2804/87, Struppatt c/RFA, DR, *Annuaire de la Conv.*, Vol. XI, p. 400.
¹⁰⁸ G. BOLARD, *Les faits tirés du dossier, op. cit.*, n° 4.

¹⁰⁹ Ce résultat fondamental, version moderne de la « main invisible » d'Adam Smith, correspond au premier théorème de l'économie du bien-être. Par la main invisible, Smith désignait le processus qui, en économie de marché, fait coïncider les intérêts individuels avec l'intérêt général.

¹¹⁰ Sur la problématique de l'exécution nationale du droit communautaire, voy. B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution », *Cahiers de droit européen*, n° 1-2/2003, p. 87 et s., R. KOVAR, « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'écran communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, p. 341 et s.

communautaire qui se manifestera autant par l'application du droit uniforme de la concurrence que par la faculté d'un recours consultatif devant la CCJA. Cette dernière devra garder sa position de juge de cassation en amont tout en le renforçant d'un recours en manquement étatique. Les règles de procédure qui relèveraient, selon des arguments de nature politique, de la seule compétence du souverain devront toutefois être soumises au devoir de loyauté vis-à-vis des droits des concurrents.

52. Certes des risques de recouplement des règles de fond entre les droits communautaires de la concurrence existants et celui de l'OHADA en particulier et des procédures judiciaires respectives pour l'application des règles de concurrence, ne manqueront pas dans la mesure où, hormis les juridictions nationales, les Cours de justice communautaires et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA seront toutes appelées à être compétentes dans une certaine mesure en matière de droit de la concurrence¹¹¹. Quelques solutions préventives intégrant la cohérence conformément aux principes qui sous-tendent la construction moderne du libre-échange et de la sécurité juridique ont déjà été envisagées pour résoudre ce conflit virtuel de normes et de procédures notamment la coopération entre organisations d'intégration s'agissant de leurs organes législatifs et de leurs différentes juridictions¹¹².

53. Mais l'adoption d'un acte uniforme relatif au droit de la concurrence devrait certainement multiplier les lois de police dans l'espace OHADA. La réglementation impérative de la concurrence est en effet d'application territoriale et immédiate¹¹³. Elle évincé la règle de conflit et s'applique dès lors que le lien de la situation avec l'espace national est avéré, quelle que soit la loi applicable à l'accord anticoncurrentiel envisagé. Peu importe à cet égard que la situation présente des attaches avec un État tiers. Il faudrait alors

¹¹¹ Les pratiques relatives à la concurrence adoptées sur les marchés de l'OHADA sont traitées pour l' instant par le droit interne des États membres et par des droits communautaires CEMAC et UEMOA conclus entre eux. Voir A. S. COULIBALY, « Le droit de la concurrence de l'union économique et monétaire ouest-africaine », *Revue burkinabé de droit*, n° 43-44, 1^{er} et 2^{ème} semestres 2003.

¹¹² Voir en ce sens, DEMBA BOUBACAR BA, « Le problème de la compatibilité entre l'UEMOA et l'OHADA », in *La libéralisation de l'économie dans le cadre de l'intégration régionale*, p. 183-185. V. Issa SAYEGH, « Conflits entre droit OHADA et droit régional », www.ohada.com, Ohadata D-06-05, p. 5 ; James MOUANGUE KOBILA. « Les rapports entre la Cour de justice de la CEMAC et la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ». Communication faite au colloque sur la concurrence des organisations régionales en Afrique tenu à l'Université de Bordeaux IV en 2008.Ohadata-D-12-28.

¹¹³ J.-M. BISCHOFF et R. KOVAR, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *J.D.I.*, 1976, p. 675 et s.

Le droit de la concurrence dans le cadre OHADA
par la suite penser à l'adoption d'un acte uniforme sur le droit international
privé.

- II -

DROIT PUBLIC

**LA SECURITE ALIMENTAIRE ET LE DROIT A
L'ALIMENTATION A L'EPREUVE DES INVESTISSEMENTS
INTERNATIONAUX EN AFRIQUE DE L'OUEST : LES RISQUES
D'UNE DESILLUSION**

**François Collart-Dutilleul,
professeur à l'Université de Nantes,
membre de l'Institut universitaire de France,
directeur du programme européen Lascaux**

**et Alhousseini Diabate,
docteur en droit de l'Université de Nantes,
enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques et politique
de Bamako, membre du programme européen Lascaux, groupe de
recherche (GRAAL) de la Faculté de droit privé de l'USJP de Bamako**

Les deux sécheresses qui ont frappé les pays du Sahel (1973-1974 et 1983-1984) provoquant la famine et entraînant d'immenses souffrances humaines ont mis en évidence la fragilité des politiques de sécurité alimentaire en Afrique. Ces deux événements, suivis des émeutes de la faim survenues en 2007-2008 ont obligé les pays de la sous-région à repenser et à rechercher des nouvelles solutions pour garantir la sécurité alimentaire dont l'entièvre réalisation traduit l'effectivité d'un droit à l'alimentation qui se pose aujourd'hui comme étant non seulement une obligation politique, mais aussi juridique pour l'ensemble des États de la sous-région ouest-africaine.

Si l'on s'en tient à la définition donnée lors du sommet mondial de l'alimentation en 1996, « La sécurité alimentaire est assurée quand toutes les personnes, en tout temps, ont économiquement, socialement et physiquement accès à une alimentation suffisante, sûre et nutritive qui satisfait leurs besoins nutritionnels et leurs préférences alimentaires pour leur permettre de mener une vie active et saine ». Sous cet angle, la sécurité alimentaire n'est pas en elle-même l'objet d'un droit. Elle est un objectif socio-économique à atteindre pour que chaque personne ait accès à une alimentation suffisante et saine.

Ce qu'ajoute de manière originale et novatrice le droit à l'alimentation, c'est précisément que cet accès à une telle alimentation est l'objet d'un droit individuel. Le droit individuel à l'alimentation vient ainsi juridiciser

l'objectif collectif de la sécurité alimentaire. Quel est le contenu de ce droit individuel et comment s'exerce-t-il ?

Le droit à l'alimentation¹ transparaît dans l'article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme, selon lequel : « Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que les services sociaux nécessaires » (§ 1).

On le retrouve dans le pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (le « PIDESC ») dont l'article 11 dispose que « Les États parties au présent pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence » (§ 1).

Le contenu de ce droit a été précisé en 2002 par le comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR)² des Nations unies en des termes très exigeants : « Le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer. Le droit à une nourriture suffisante ne doit donc pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques. Il doit être réalisé progressivement. Cela étant, les États ont l'obligation fondamentale d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre la faim, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 11, même en période de catastrophe naturelle ou autre » (point 6).

Pour le comité, le droit à une nourriture suffisante comprend : « la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu ; l'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme » (point 8). C'est aux États qu'il appartient de mettre en œuvre ce droit à l'alimentation en assurant la sécurité alimentaire sur son territoire.

¹ Ch. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice* (préface d'O. de SCHUTTER et introduction de Jean ZIEGLER), éd. Bruylant, 2011, et la bibliographie citée.

² Constitué d'experts indépendants, le comité des droits économiques, sociaux et culturels est chargé de surveiller l'application du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par les États parties. Ce comité a été créé en 1985 par une résolution (1985/17) du Conseil économique et social afin d'exercer les tâches de surveillance qui ont été confiées au Conseil en vertu de la quatrième partie du PIDESC. V. <http://www.fao.org/worldfoodsummit/french/newsroom/news/8580-fr.html>

À la faveur de nombreux engagements juridiques et soutenus par des réformes socio-économiques, les pays de la sous-région ont fait le pari d'aboutir à l'effectivité d'un tel droit et son corollaire l'éradication de la faim. Aussi, la réduction de la faim a-t-elle été inscrite dans les objectifs du millénaire pour le développement (OMD) comme objectif prioritaire devant être atteint à l'horizon 2015.

La volonté des pays de la sous-région de réaliser de telles ambitions s'est traduite à la fin de la décennie 1980 par des réformes socio-économiques portant notamment sur la libéralisation des marchés alimentaires et par le retrait des États des activités de production et de commercialisation des produits agricoles. Ce retrait s'est accompagné de la suppression des monopoles dans la vente des produits alimentaires et dans la distribution d'intrants agricoles. Ces évolutions se sont inscrites dans un contexte d'adoption de la démocratie comme modèle d'organisation politique et d'élargissement des marchés nationaux à des espaces régionaux économiquement intégrés et eux-mêmes insérés dans un marché mondial.

Cet ensemble offre-t-il aujourd'hui aux pays de la sous-région ouest-africaine la possibilité d'atteindre l'objectif de sécurité alimentaire et donc d'aboutir à l'effectivité du droit à l'alimentation ? Il ne s'agit pas pour nous de réengager le débat de la justifiabilité du droit à l'alimentation en Afrique³. Il s'agit d'examiner les politiques actuelles de réalisation de la sécurité alimentaire dans la sous-région et d'évaluer les opportunités ou les contraintes créées par les réformes socio-économiques amorcées ces quatre dernières décennies. L'étude s'appuiera sur l'expérience malienne, étant entendu que la transposition des solutions entre les différentes politiques de sécurité alimentaire en Afrique est dans une large mesure justifiée.

Or les politiques de sécurité alimentaire peuvent prendre plusieurs directions : celle du commerce international pour acheter ce dont la population a besoin avec l'argent tiré de ce qui est produit et exporté, la politique de l'accueil des investissements internationaux dans la terre et dans l'agriculture, celle du développement de l'agriculture et sans doute d'autres encore. Ces différentes politiques peuvent d'ailleurs être combinées en posant le curseur quelque part sur la ligne de la sécurité alimentaire qui va de l'autosuffisance alimentaire à la totale dépendance des importations. C'est sur cette ligne d'ailleurs qu'on peut apprécier le degré de souveraineté alimentaire d'un pays, comme le degré de son autonomie alimentaire.

Le degré d'autonomie correspond à la part de l'alimentation nationale produite sur le territoire de l'État. Le degré de souveraineté varie selon que l'État s'en remet plus ou moins au commerce international pour son

³ Sur ce point voir par exemple, A. SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*, éd. BRYANT, 2010.

approvisionnement, c'est-à-dire selon la plus ou moins grande maîtrise qu'il a des conditions de sa sécurité alimentaire. Dans ce cadre qu'en est-il de la politique de sécurité alimentaire entreprise par le Mali ces dernières décennies ?

À la suite des programmes d'ajustements structurels (PAS) entrepris au début de la décennie 1980, sous l'impulsion de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international, le pays, à l'instar de l'ensemble des pays de la sous-région ouest-africaine, a entrepris une politique de libéralisation d'envergure dans le secteur de l'alimentation. Cette politique, qui se traduira concrètement par la libéralisation des facteurs de production des aliments, notamment la terre et l'agriculture, fera de l'accueil des investissements internationaux dans la terre et dans l'agriculture une des stratégies d'accroissement de la production agricole et de la lutte contre l'insécurité alimentaire.

C'est même une stratégie jugée hautement prioritaire puisque le gouvernement du Mali qui était en place en août 2012 a publié un décret mettant en œuvre une loi, votée avant le coup d'Etat du mois de mars, établissant de nouvelles conditions pour les investissements étrangers. Une loi du 12 février 2012 avait en effet adopté un nouveau Code des investissements et un décret du 20 août 2012 en a défini les procédures de mise en œuvre.

L'ouverture de la terre malienne aux investissements internationaux est ainsi intervenue au beau milieu d'une situation de grave instabilité politique et à la veille d'une guerre qui vise précisément à permettre au pays de reconquérir la maîtrise de son territoire. Le nouveau Code des investissements ouvre plus grande la porte aux investisseurs et singulièrement à ceux qui investiront dans la terre agricole. Il ne concerne pas les investissements dans les richesses du sous-sol qui continuent de relever du Code minier qui reste en vigueur. Il y a donc deux régimes juridiques distincts : celui des activités minières qui sont soumises à un Code minier plutôt libéral et assis sur des procédures simples et peu transparentes ; celui des autres activités, dont les activités agricoles, qui sont désormais soumises au nouveau Code des investissements lui aussi très libéral, mais en principe assis sur des procédures plus transparentes.

Ce nouveau Code des investissements permettra-t-il, mieux que le précédent qui était déjà libéral, à atteindre les objectifs de sécurité alimentaire et de développement économique ? *A priori* et en théorie, la libéralisation de la terre et l'ouverture du secteur de l'agriculture aux investissements internationaux auraient déjà dû apporter des remèdes à la situation d'insécurité alimentaire et au développement du Mali, dans la mesure où elles auraient déjà dû contribuer à accroître la production agricole et donc la disponibilité des aliments dans le pays. Dès lors, sur la base du

Code minier toujours en vigueur et de l'ancien Code des investissements, comment se fait-il que l'ouverture des richesses du pays aux investissements internationaux n'ait pas davantage produit des effets positifs ? Le nouveau Code des investissements, plus généreux que le précédent, le fera-t-il mieux ?

En réalité, il n'est pas du tout certain que la recherche effrénée des investissements, qui conduit l'État malien à « dérouler le tapis » aux investisseurs en créant un cadre juridique qui leur est très favorable (**I**) et en concluant comme jusqu'à présent avec eux des contrats assez largement déséquilibrés (**II**), se fasse au profit du droit à l'alimentation des populations locales et de la sécurité alimentaire du pays.

I - Les insuffisances de l'encadrement juridique des investissements étrangers dans l'agriculture du Mali

Si le cadre juridique des investissements étrangers est très attractif pour les investisseurs (**A**), il engendre des risques sérieux pour la sécurité alimentaire du pays (**B**).

A – Un cadre légal attractif pour les investisseurs

L'État malien s'est ouvert aux investissements étrangers dans la terre agricole à la fin des années 80. Dans cette perspective, toute sorte de facilités administratives et de priviléges fiscaux furent créés pour attirer les investisseurs étrangers. Certains textes juridiques ont été modifiés, d'autres ont été créés pour donner plus de garanties aux investisseurs et rendre le cadre juridique plus attractif. La loi d'orientation agricole adoptée en 2006⁴, suivie d'un programme national d'investissement dans le secteur agricole (PNISA)⁵, ont fait du secteur de l'agriculture un secteur prioritaire dans lequel des investissements peuvent s'effectuer et bénéficier de multiples priviléges. L'attraction des investisseurs par l'octroi des priviléges et la création d'un cadre juridique incitatif s'est poursuivie par la modification de la loi du 19 août 2005 relative aux investissements⁶ et par l'adoption le 27 février 2012 d'une nouvelle loi portant Code des investissements⁷. Ce Code, d'une exceptionnelle générosité facilite considérablement les

⁴ Loi n° 06-40/AN-RM du 16 aout 2006 portant loi d'orientation agricole, Document consultable sur le site dédié à la loi d'orientation agricole à l'adresse suivante : http://loa-mali.info/IMG/pdf/LOA_VOTEE.pdf

⁵ Document consultable à l'adresse suivante : http://www.aec.msu.edu/fs2/promisam_2/PNIP_SA_06_08_2010.pdf

⁶ Loi n° 05-050 du 19 aout 2005 modifiant la loi n°91-048/AN-RM du 26 février 1991 portant Code des investissements.

⁷ Loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements. Consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ccimmali.org/pdf/pdfinvest.pdf>

investissements, en offrant aux investisseurs étrangers plusieurs garanties et en leurs octroyant des avantages fiscaux et douaniers très importants.

Au titre des facilités au moment de l'ouverture de l'investissement, l'investisseur n'a pas besoin d'une autorisation préalable pour entreprendre son activité. Un simple agrément suffit qui lui sera délivré par le ministre en charge de la promotion des investissements⁸. Pour faciliter les démarches et garantir la célérité dans l'obtention de l'agrément, la demande est effectuée auprès d'un guichet unique devant guider l'investisseur dans ses démarches⁹. Le jour même de la demande, l'investisseur reçoit un récépissé, l'agrément lui-même étant mis à sa disposition dans un délai de vingt jours¹⁰.

Au titre des garanties, l'investisseur étranger, qui bénéficie d'une égalité de traitement avec l'investisseur de nationalité malienne¹¹, a le droit de détenir jusqu'à 100 % des parts sociales ou actions de la société qu'il crée¹². Il peut acquérir librement des terres¹³ et l'État s'engage à garantir le respect de son droit de propriété. L'État garantit même l'investisseur contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition de son entreprise, sauf pour cause d'utilité publique¹⁴. En outre, l'investisseur peut librement transférer à l'étranger et sans autorisation préalable tous paiements afférents aux opérations courantes, entre autres les bénéfices après impôts, les dividendes, les revenus salariaux, indemnités et épargne des salariés expatriés¹⁵. Ce n'est pas tout, car l'investisseur a la liberté de recruter et de licencier les salariés expatriés et les contrats de ces derniers peuvent valablement déroger à certaines dispositions du Code du travail et de la réglementation sociale en ce qui concerne l'affiliation à un organisme de sécurité sociale agréé au Mali, l'affiliation à un service médical interentreprises, la durée et les motifs de recours à un contrat à durée déterminée, les règles applicables en matière d'embauche¹⁶.

À côtés de ces facilités et garanties, la nouvelle loi portant Code des investissements établit quatre catégories d'entreprises classées suivant quatre régimes (régimes A, B, C et D) différents. Le régime A concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à 12 500 000 Francs CFA et inférieur ou égal à 250 000 000 Francs CFA HT et hors besoin en fonds de roulement ; le régime B concerne les entreprises dont

⁸ Cf. décret n° 2012-475/P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements.

⁹ Art. 2 du décret n° 2012-475/P-RM du 20 août 2012, préc.

¹⁰ Art. 11 du décret n° 2012-475/P-RM du 20 août 2012, préc.

¹¹ Art. 6 de loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

¹² *Ibid.*

¹³ Art. 10 de loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

¹⁴ Art. 7 de loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

¹⁵ Art. 12 de loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

¹⁶ Art. 13 de la loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

l'investissement est supérieur à 250 00 000 Francs CFA et inférieur à un milliard de Francs CFA HT et hors besoin en fonds de roulement ; le régime C concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à un milliard HT Francs CFA et hors besoin en fonds de roulement ; enfin le régime D concerne les entreprises dont l'investissement est strictement supérieur à 12 500 000 HT et hors besoin en fonds de roulement, la production destinée à l'exportation étant égale ou supérieure à 80 %. Ainsi, l'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées au régime A, bénéficie automatiquement des avantages suivants. Au moment de la réalisation de l'investissement et, pour certains avantages, tout au long de l'activité, il bénéficie :

- d'une exonération, fixée à trois ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé. Les pièces de rechange sont admises en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10 % de la valeur d'acquisition des biens d'équipement ;
- d'une exonération, pendant la durée de la phase d'investissement fixée à trois ans, de la taxe sur la valeur ajoutée facturée par les fournisseurs locaux de biens, services et travaux nécessaires à la réalisation du programme agréé ;
- d'une exonération, pendant la durée de la phase d'investissement du programme agréé fixée à trois ans, de la retenue IBIC (impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux) et de la retenue TVA (taxe sur la valeur ajoutée) sur toutes prestations d'assistance technique et de consultation ;
- d'une réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC -IS) à 25 % sur sept ans non renouvelables ;
- d'une exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice déficitaire pendant les cinq premières années d'exploitation¹⁷.

Ces divers avantages progressent en conséquence en cas d'extension d'activité ou de restructuration et de mise à niveau¹⁸.

L'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées aux régimes B ou C, bénéficie automatiquement d'avantages de même nature, mais avec des durées d'exonérations fiscales accrues. C'est ainsi que la réduction à 25 % de l'impôt sur les bénéfices s'étend sur dix ans pour le régime B, quinze pour le C au lieu de sept pour le

¹⁷ Art. 14 du décret n° 2012-475/P-RM du 20 août 2012, préc.

¹⁸ *Ibid.*

régime A. La durée d'exonération en cas d'exercice déficitaire passe à huit ans pour le régime B et à dix pour le C.

Enfin, l'investisseur étranger dont le montant de l'investissement correspond aux conditions énumérées au régime D, bénéficie d'avantages supplémentaires au titre de la fiscalité de porte et de la fiscalité intérieure :

- Au titre de la fiscalité de porte, il bénéficie d'une exonération totale, pendant une durée de trente ans, de tous droits et taxes sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange. Les pièces de rechange sont admises, en franchise des droits et taxes à l'importation dans une proportion de 10 % de la valeur d'acquisition des biens d'équipement¹⁹.

- Au titre de la fiscalité intérieure, il bénéficie d'une exonération totale, pendant une durée de trente ans, de tous impôts, droits et taxes liés à l'activité de production et de commercialisation, à l'exception de la TVA sur les ventes effectuées sur le marché national, de la taxe sur les véhicules automobiles (vignettes) de l'impôt sur les traitements et salaires (ITS) y compris ceux du personnel expatrié ; la contribution forfaitaire à la charge des employeurs (CFE) ; la taxe-logement (TL), de la taxe-emploi jeune (TEJ), de la taxe de formation professionnelle (TFP) et des cotisations sociales.

B - Un cadre juridique qui présente des risques sérieux pour la sécurité alimentaire du pays

Le régime D apparaît particulièrement avantageux puisque les investisseurs bénéficient d'exonérations fiscales d'autant plus importantes qu'ils exportent l'essentiel de leur production (au moins 80 %). Ils sont également autorisés à exporter librement leurs bénéfices. Il en résulte que le pays d'accueil risque fort de perdre à la fois la production et le bénéfice qui en est retiré. Dès lors, s'il s'agit d'une production agricole à caractère alimentaire, le pays d'accueil ne prend-il pas un risque de ne pas pouvoir faire face à une crise ou à une pénurie ?

En cas de crise alimentaire, le pays devra laisser sortir du territoire les matières premières agricoles alimentaires produites par un investisseur étranger, tout en laissant sortir également les bénéfices réalisés et ce sans même recevoir la moindre contrepartie fiscale. On pourrait certes envisager alors, si une crise alimentaire survenait, de réquisitionner la production issue de l'entreprise étrangère pour contraindre d'en réserver une partie au marché national. Mais cette voie est en réalité bloquée par le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et en particulier par « l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce » (MIC). Cet accord, en effet, interdit en particulier les mesures qui prescrivent qu'une

¹⁹ Art. 17 du décret n° 2012-475/P-RM du 20 aout 2012, préc.

entreprise achète une proportion déterminée de produits d'origine nationale (« prescriptions relatives à la teneur en produits nationaux »). Il rejette par ailleurs les mesures qui limitent les importations d'une entreprise ou qui fixent à celle-ci des objectifs en matière d'exportation (« prescriptions relatives à l'équilibrage des échanges »).

On pourrait alors envisager une autre voie qui consiste dans l'adoption d'une « loi de crise » remettant en cause certains des avantages concédés à l'investisseur étranger. Rien n'interdit, en effet, qu'une loi nouvelle d'ordre public remette en cause tant des dispositions légales existantes, telles celles issues du Code des investissements, que des stipulations contractuelles issues de contrats en cours. Mais là encore, la voie est fermée, cette fois par l'effet du Code des investissements lui-même. Ce Code que le Mali a promulgué en août 2012, au milieu d'une situation politique de grande fragilité dont la maîtrise du sol est précisément l'un des enjeux, limite en effet la portée des lois nouvelles. S'agissant des lois qui viendraient à être adoptées après la réalisation de l'investissement, les investisseurs pourront profiter des avantages nouveaux qu'elles accordent, mais sans pouvoir subir les nouvelles contraintes ou la réduction éventuelle des avantages existants²⁰.

En réalité, le problème vient de ce que le droit national des investissements ne tient pas compte de la spécificité des objectifs et des enjeux liés aux denrées agricoles alimentaires. Le Mali n'est évidemment pas le seul pays dans ce cas. Nombreux sont les droits nationaux qui n'établissent pas un « droit spécial des investissements étrangers dans la terre agricole », ni un « droit spécial des produits alimentaires ». Les régimes spéciaux d'investissement concernent surtout l'exploitation des ressources du sous-sol qui relève alors du droit minier, parfois avec des règles plus libérales et des procédures moins transparentes qu'en droit commun des investissements.

Deux types de politiques nationales devraient pouvoir être mises en œuvre au profit de la sécurité alimentaire, sans entraves en droit international. Le premier type réside dans une politique d'autonomie alimentaire. Cette autonomie est entendue comme la part de la production nationale qu'un État entend consommer nationalement (part en quantité ou en types de produits). Une telle politique suppose qu'un pays puisse mettre en œuvre des règles économiques dérogatoires pour assurer une subsistance alimentaire minimale de sa population. Autrement dit, une crise alimentaire avérée devrait par exemple être considérée, pour le moins, comme une sorte de « fait justificatif » international, s'imposant notamment à l'OMC.

Le second type réside dans une politique de préservation des ressources naturelles dédiées à la production d'aliments. Le droit doit pouvoir limiter la

²⁰ Art. 8 de loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements, préc.

liberté d'entreprendre de ceux qui investissent dans la terre et dans l'agriculture, nationaux ou étrangers, afin d'empêcher tout management de production risquant d'épuiser ou de polluer les sols. À titre d'exemple, le droit international –et tout particulièrement le droit des investissements internationaux– devrait venir au soutien du droit national pour freiner ou empêcher l'accaparement des terres et de l'eau par des pays riches dans des pays pauvres.

Quoi qu'il en soit du droit international, il est cependant clair que, par contrat, le pays d'accueil est en droit de soumettre les investisseurs, étrangers comme nationaux, à des contraintes et à des obligations justifiées par la prise en compte de l'objectif de sécurité alimentaire. Cela nous conduit à regarder du côté du droit des contrats.

II - Des contrats d'investissements agricoles déséquilibrés et peu soucieux de la sécurité alimentaire des populations locales

Avec la pression exercée par les bailleurs de fonds pour ouvrir le secteur agricole aux investissements privés et la création par l'État malien d'un cadre juridique attractif pour les investisseurs étrangers, les terres agricoles malientes sont devenues un objet de convoitise pour de nombreux pays et sociétés étrangers. Pour acquérir et s'assurer une exploitation paisible de ces terres, des pays et sociétés étrangers proposent à l'État malien la conclusion de contrats d'achat ou de location de grandes superficies de terre agricole. Cette convoitise et les propositions qui s'en suivent ont alors abouti à la conclusion de nombreux contrats entre l'État du Mali et des pays ou sociétés étrangers. Mais le constat est fait que la plupart de ces contrats sont des contrats lourdement déséquilibrés en ce sens qu'ils procurent plus d'avantages aux investisseurs étrangers qu'au pays hôte et qu'ils ne sont pas de nature à être au service de la sécurité alimentaire des populations locales (*A*). C'est pourquoi il est impératif de penser des modèles de clauses et de contrats adaptés à un objectif alimentaire national (*B*).

A – Des contrats déséquilibrés et détournés de l'objectif alimentaire national

Trois de ces contrats ont retenu notre attention : La convention d'investissement agricole dite « convention Malibya » conclue entre la République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste en mai 2008, La convention de cession et de bail des terres agricoles dite « Convention N-SUKALA » conclue entre l'État du Mali et la société privée de nationalité chinoise, la *China light industrial Corporation for foreign economic and technical cooperation* (CLETC) en avril 2007, et enfin la convention de bail des terres agricoles dite « Convention SOSUMAR »

conclue en juin 2007 entre l'État du Mali et la société privée SASUMAR ayant pour actionnaire principal la société privée ILLOVO de nationalité sud-africaine et la société privée Schaffer de nationalité américaine. Mais les trois conventions sont en réalité conçues sur un même modèle de déséquilibre que nous mettrons principalement en évidence dans le contrat Malibya.

La convention Malibya est en effet celle qui suscite le plus d'interrogations au regard de l'objectif de sécurité alimentaire. Cette sécurité est l'un des objectifs poursuivis par l'État du Mali depuis son indépendance. Cette convention est formellement présentée comme étant un projet d'investissement agricole permettant la réalisation de l'autosuffisance et la sécurité alimentaire, le développement de l'agro-industrie, et le développement de l'élevage²¹. Elle porte sur une superficie totale de 100 000 ha octroyés à la société Malibya agricole pour une durée de cinquante ans renouvelable²².

Dans le cadre de cette convention, l'État du Mali a souscrit divers engagements en faveur de la société Malibya agricole. En premier lieu, l'État du Mali s'engage à offrir la terre libre de toutes entraves judiciaires tenant à l'existence d'une propriété individuelle ou collective qui empêcherait l'exploitation de la terre. Il s'engage également à accomplir toutes les démarches administratives d'approbation provisoire de l'octroi du terrain dans le délai bref d'un mois à compter du dépôt de la demande de la terre par la partie Libyenne. Il s'engage bien sûr aussi à octroyer définitivement le terrain selon les résultats des études de faisabilité technique et économique²³.

En deuxième lieu, l'État du Mali s'engage à offrir à la société Malibya agricole tous les permis d'usage de l'eau du canal de Macina ainsi que l'usage des eaux souterraines selon les besoins du projet déterminés par l'étude de faisabilité économique. Pour ce faire, l'État du Mali garantit à la Société Malibya agricole l'accès à la quantité d'eau nécessaire et sans restriction pour le projet, pendant la période du mois de juin à décembre de chaque année. Entre janvier et mai, en raison de l'étiage du fleuve Niger, les activités de production de la société Malibya concerneront des cultures moins consommatrices d'eau telles que le blé, le mil, le maïs, le soja ainsi que différentes sortes de légumes et l'État du Mali s'engage alors à assurer la quantité d'eau nécessaire pour lesdites cultures à partir du même canal de Macina²⁴.

²¹ Cf. Préambule de la convention d'investissement agricole entre la République du Mali et La Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste conclue en mai 2008.

²² Article 6 de la convention Malibya préc.

²³ Article 5 de la convention Malibya préc.

²⁴ Article 8 de la convention Malibya préc.

L’investisseur libyen obtient ainsi de l’État du Mali un usage sans restriction de l’eau pendant toute l’année, en particulier pendant la période comprise entre janvier et mai. Une telle condition n’est pas innocente et nous semble lourde de conséquences pour la sécurité alimentaire du Mali. En effet, la période de janvier à mai est la période d’étiage du fleuve Niger qui arrose la quasi-totalité de la zone Office du Niger²⁵ qui fournit l’essentiel de la production agricole du Mali et où se situent les superficies octroyées à la société libyenne. À cette période, le fleuve Niger se trouve à son plus bas niveau de l’année et par conséquent sa capacité à servir les canaux déversant l’eau sur les espaces agricoles aménagés diminue sensiblement. Il s’ensuit qu’en cas d’étiage sévère, ce qui peut facilement arriver compte tenu des perturbations pluviométriques du pays, seulement une partie des espaces agricoles aménagés pourra être servie. Or, conformément aux engagements contractuels de l’État du Mali, ce sont les espaces agricoles exploités par la société libyenne qui seront prioritairement servis. Il en résulte qu’en cas d’étiage sévère, le Mali manquera d’une partie importante de sa production agricole, avec pour conséquences que de nombreux paysans ne pourront pas se nourrir et que de nombreux consommateurs souffriront de la rareté des denrées sur le marché national.

En troisième lieu, l’État du Mali s’engage à accorder à la société Malibya agricole la réalisation des voies de passage (routes, rail) qui seront nécessaires pour l’accès au site du projet, à l’installation des systèmes de pompage d’eau, des réseaux électriques et des tuyaux d’approvisionnement en eau, à l’installation de canaux ou de tout élément nécessaire pour un meilleur fonctionnement du projet, conformément aux études de mise en valeur²⁶.

En outre, l’État du Mali garantit contractuellement à la société Malibya agricole le bénéfice des avantages prévus par le Code des investissements en vigueur en République du Mali ainsi que le bénéfice de tous autres avantages prévus par des conventions bilatérales existantes entre le Mali et la Libye²⁷.

Au regard des avantages importants qu’a consentis l’État du Mali au profit de l’investisseur libyen, avec leur lot de conséquences pour les paysans et les consommateurs nationaux, on serait en droit d’attendre que l’investisseur libyen fournisse une contrepartie substantielle à l’État du Mali.

Observons tout d’abord que les 100 000 ha affectés à l’activité de la société Malibya agricole pour la durée de cinquante ans renouvelable le sont sans contrepartie. La convention Malibya le précise explicitement dans l’article 17 de cette convention qui indique que « les deux parties sont convenues de la gratuité de la terre affectée pour la réalisation au projet ».

²⁵ Sur l’office du Niger, voir : <http://www.office-du-niger.org.ml>

²⁶ Article 8 de la convention Malibya préc.

²⁷ Article 18 de la convention Malibya préc.

Mais quelle contrepartie financière la convention prévoit-elle alors ? S'il n'y en a aucune pour l'attribution de la terre agricole, elle se réduit à quelques francs CFA seulement pour la redevance annuelle en eau. L'article 8 de la convention prévoit en effet une redevance en eau devant être perçue par l'État du Mali. Mais cette redevance se limite à 2 470 francs CFA/ha pour l'irrigation annuelle par aspersion et à 67 000 francs CFA/ha pour l'irrigation annuelle par gravité. La convention ajoute toutefois que ces taux pourront être révisés annuellement, mais seulement par voie de négociation entre les deux pays²⁸. À l'évidence, une telle convention est déséquilibrée au point même d'en devenir léonine.

Cette convention d'investissement agricole prévoit-elle au moins des mesures permettant la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales ? Bien que le projet d'investissement agricole Malibya soit présenté comme étant un projet contribuant à l'autosuffisance et à la sécurité alimentaire du Mali, au développement de l'agro-industrie et au développement de l'élevage, force est de constater que cela restera au stade du vœu pieux. Une telle affirmation est d'autant plus permise qu'aucune disposition de la convention Malibya ne prévoit ni ne contraint l'investisseur libyen à écouler une partie de sa production sur le marché malien. L'insertion d'une pareille disposition dans la convention aurait au moins permis de contraindre l'investisseur à contribuer à l'approvisionnement du marché malien et subséquemment à contribuer à la réalisation de la sécurité alimentaire des populations locales. Mais on ne trouve rien dans le contrat allant dans cette direction.

Les deux autres conventions, la convention N-SUKALA et la convention SOSUMAR, procèdent de la même logique et appellent les mêmes observations. La première convention porte sur l'attribution d'une terre agricole d'une superficie de 20 000 ha à la société chinoise CLETC ; la deuxième porte sur l'attribution d'une terre agricole d'une superficie de 17.000 ha à deux sociétés étrangères (ILLOVO de nationalité sud-africaine et la société Schaffer de nationalité américaine). Toutes deux sont conclues pour une durée de cinquante ans renouvelable²⁹.

En dépit des nombreux priviléges dont bénéficient les investisseurs et malgré les faits que ces deux projets d'investissements, soient annoncés comme étant des projets contribuant à la sécurité alimentaire du Mali, en particulier dans le domaine de la consommation en sucre du pays et que des études aient explicitement révélées que ces projets permettent de couvrir

²⁸ Article 8 de la convention Malibya préc.

²⁹ Cf. la convention de cession et de bail des terres agricoles conclue entre l'État du Mali et la société privée de nationalité chinoise, la *China light industrial Corporation for foreign economic and technical cooperation* (CLETC) en avril 2007 et la convention entre le gouvernement du Mali ILLOVO Group Holdings Limited et SCHAFFER & Associates International LLC, 2007.

largement la consommation de sucre du Mali³⁰, on ne trouve aucune disposition dans ces deux conventions contraignant les investisseurs à écouler une partie de leurs productions sur le marché malien. En l'absence de toute disposition allant dans la direction de la sécurisation de la consommation du Mali, il y a à craindre que la production issue de ces projets d'investissements soit utilisée à des fins autres que la sécurité alimentaire nationale.

Les craintes d'un détournement de la production issue des contrats d'investissements agricoles de l'objectif de sécurité alimentaire du pays sont d'autant plus justifiées que les objectifs poursuivis par les investisseurs dans l'ensemble de ces conventions, à l'instar de nombreuses conventions conclues entre des pays du sud et des pays et sociétés étrangers, se situent ailleurs : assurer l'approvisionnement du pays investisseur, accroître le développement des agro-carburants ou tout simplement acquérir des terres agricoles pouvant être revendues à court ou à long terme par ou pour des fonds spéculatifs.

Dans ce contexte, il est impératif de penser des modèles de contrats d'investissements et des clauses contractuelles aptes à servir la sécurité alimentaire du Mali.

B – Les conditions d'un équilibre contractuel au service de la sécurité alimentaire du Mali

La question n'est pas de savoir si les contrats d'investissements internationaux dans l'agriculture produisent ou non de la richesse. Ils en produisent. La question est celle de l'affectation des richesses produites lorsque le contrat a pour objet une terre agricole, et celle de la délocalisation de cette richesse au profit de l'investisseur. Or cette richesse est souvent délocalisée en amont lorsque la contrepartie financière du contrat s'évapore en pratiques de corruption. Elle l'est aussi en aval, parce que l'investisseur entend bien garder pour lui la richesse produite.

En réalité, les investissements dans la terre agricole sont réalisés par des contrats qui laissent aux investisseurs une trop grande liberté économique de production et de gestion de l'exploitation. Ce qui leur fait défaut, ce sont des contraintes pour l'investisseur, aussi fortes qu'indispensables pour la sécurité alimentaire et le développement du pays d'accueil. Dès lors, quelles devraient être les clauses assurant un équilibre des prestations et servant l'objectif attendu ?

³⁰En ce sens : A. KEITA et M. DJIRE, *Revue du cadre juridique et institutionnel de la gouvernance des ressources naturelles* : une étude de cas sur la gestion des terres à l'office du Niger, document consultable sur internet à l'adresse suivante : http://www.iedafrique.org/IMG/pdf/Revue_pays_Malipdf.pdf

La FAO a élaboré des directives au sein de son comité pour la sécurité alimentaire mondiale (CSA). Ces « directives volontaires sur la gouvernance responsable de la tenure des terres et des autres ressources naturelles »³¹ portent des recommandations qui s'adressent aux gouvernements des pays qui accueillent les investissements étrangers et d'autres qui s'adressent aux investisseurs. Ces recommandations visent à :

- organiser dans chaque pays un débat public, associant les populations pauvres, sur les voies d'utilisation des terres et de développement de l'agriculture,

- subordonner les investissements étrangers dans la terre agricole et les ressources naturelles à un consentement préalable, libre et éclairé des citoyens concernés, afin de privilégier la reconnaissance de droits fonciers pour les petits agriculteurs et les peuples autochtones, avec une attention particulière à la situation et aux droits des femmes

- donner la priorité aux investissements dans le secteur des petites exploitations et des systèmes alimentaires de substitution. Lorsque des investissements à grande échelle sont en cours, le CSA recommande alors que les gouvernements et les communautés locales puissent être conseillés par le service des régimes fonciers de la FAO.

Celles qui s'adressent aux investisseurs eux-mêmes et à leurs gouvernements visent surtout à assumer la responsabilité juridique de respecter les droits de l'homme dans le pays d'accueil. Si l'on veut transformer ces directives en clauses contractuelles, il faut alors penser un ensemble de clauses visant³² :

- à associer les paysans locaux à la négociation du contrat, afin que leurs intérêts soient sauvagardés puisque le contrat va les priver d'une partie de la terre agricole qui peut leur permettre de vivre et de faire vivre leur famille ;

- à réaliser un audit environnemental préalable afin de vérifier si le contrat peut être conclu dans des conditions environnementales satisfaisantes et de fonder des obligations de restitution d'une terre de bonne qualité agricole à la fin du contrat ;

- à fournir des contreparties financières et économiques précises, contractualisées et significatives pour le pays d'accueil,

- à employer des paysans locaux plutôt qu'une main d'œuvre expatriée,

³¹ CSA, 37^{ème} session, Rome 17-22 octobre 2011 : <http://www.fao.org/docrep/meeting/023/mc122f.pdf>

³² V. F. COLLART DUTILLEUL, « La problématique juridique des investissements dans les terres agricoles des pays en développement », in *La promotion de l'investissement pour la production agricole : aspects de droit privé* (colloque Unidroit, Rome, 8-10 nov. 2011), *Uniform Law Review/ Revue de droit uniforme*, n° 2012/1-2

- à produire des denrées utiles pour l'alimentation de la population plutôt que pour en faire des produits non alimentaires (agrocarburants...) ;
- à commercialiser une part significative les denrées alimentaires dans l'État où elles sont produites, plutôt que de les destiner à l'exportation ;
- à demander à l'investisseur de fournir des garanties financières pour le respect des engagements (par exemple, des cautions ou garanties bancaires à première demande),
- à interdire la cession du contrat ou la revente ou la sous-location de la terre sans l'accord de l'État souverain et sans la garantie de reprise des engagements par le nouvel exploitant et à rendre le contrat public.

Si le contrat est opaque, déséquilibré et non profitable aux populations locales, il y a en effet un risque que la population vienne à le contester et à mettre des obstacles à sa réalisation. S'il est transparent, profitable aux deux parties et soucieux de la situation économique et sociale des populations locales, il n'y a aucune raison de craindre un rejet social violent.

*
* *

Il est clair que les investissements internationaux dans l'agriculture des pays en développement sont nécessaires et légitimes. Il est tout aussi légitime que l'investisseur retire un profit significatif de la mise en œuvre de tels investissements. Mais encore faut-il que le contrat encadre l'exploitation de l'investisseur avec des contraintes économiques, environnementales et sociales conformes aux intérêts fondamentaux de l'État d'accueil et des populations locales. La sécurité alimentaire est le premier de ces intérêts. Il est tout aussi clair que ni les contrats jusqu'à présent conclus par le Mali, ni le nouveau Code des investissements dont le pays s'est doté au beau milieu d'une situation politiquement confuse ne sont tournés vers l'amélioration de la sécurité alimentaire.

À un moment où le Mali traverse une situation politique et sécuritaire assez fragile, qui ébranle l'existence même du pays, et dont des revendications liées à la maîtrise du sol, à une meilleure gestion et répartition des richesses et à l'amélioration des conditions de vie des populations en sont précisément unes des causes, il est impératif de revisiter le cadre juridique actuel des investissements et de repenser les modèles actuels des contrats d'investissements agricoles. Ceux-ci, sans entraver l'initiative de l'investissement, doivent être élaborés avec circonspection de manière à préserver durablement la sécurité alimentaire des populations locales et le développement du Mali. Une telle démarche doit être inscrite dans l'agenda des autorités actuelles en charge de rétablir la stabilité sociale, politique et sécuritaire du Mali que nous appelons de tous nos vœux.

LE CANTON COLONIAL : ECARTELE ENTRE PRINCIPES DE L'ASSIMILATION ET DU RESPECT DES COUTUMES INDIGENES

Kadi Dago,
enseignant chercheur à l'Université Houphouët Boigny d'Abidjan

Le contexte d'émergence d'une institution fonde sa justification et explique aussi bien ses objectifs que les résultats attendus par ses promoteurs. Cependant, une vérité reste à établir en harmonie avec les récentes études de belle facture conduites sur l'Afrique. En effet, « l'Afrique est le continent qui a, dans l'Antiquité, été le plus visité par les explorateurs venus de la Méditerranée tant pour s'abreuver de la culture égyptienne que pour y trouver les produits dont avaient besoin leurs divers pays. C'est donc un continent qui s'inscrit dans les écritures de l'Antiquité¹ et donc qui a participé à l'ouverture d'un esprit altruiste qui a concouru à aiguiser le regard des Méditerranéens, qui a questionné leur certitude sur leur propre civilisation. Mais comme leur regard n'a pas pu pénétrer les profondeurs de l'Afrique pour en révéler les complexités, l'Afrique fut à la fois connue et inconnue d'eux² ».

De là s'explique la négation du nègre dans la littérature européenne du XVII^e au XIX^e siècle : d'abord, les noirs ne sont pas des hommes aux XVI^e et XVII^e siècles car ce sont « des brutes sans raison, sans intelligence et sans expérience, ils n'ont absolument aucune notion de quoi que ce soit, ils vivent comme des bêtes, sans règles et sans lois³ ». Ensuite, le XVIII^e siècle⁴ fut le triomphe de l'inexistence même du nègre⁵ en tant qu'homme et les XIX^e et

¹ HOMERE, dans son hommage à l'Afrique n'écrivait-il pas : « Zeus du côté de l'Océan, chez les Egyptiens irréprochables est allé hier à un banquet et tous les dieux l'ont accompagné » HOMERE, *Iliade*, I, 423-450, traduction E. LASSERE, Paris, 1965, p. 33. Ainsi, « les dieux grecs dinent avec les Ethiopiens (étant entendu que l'Ethiopie désignait toute l'Afrique) ». M. WANYOU, « Les rapports entre les dieux-rois éponymes et mythes méditerranéens et l'Afrique noire » in *Annales de l'Université d'Abidjan*, série A Droit, t. X, 1995, p. 30.

² Séraphin NENE BI BOTI, *Les institutions coloniales de l'Afrique occidentale française*, Abidjan, ABC, 2015, p. 7.

³ LEON L'Africain, *Description de l'Afrique (1550-1556)*, trad. EPAULARD, Paris 1956, T. 1, p. 65.

⁴ Et cependant, nous sommes en pleine lumière ou, bien plus, au siècle de la maturité humaine. Il est vrai aussi que des groupes de pression se forment pour la libération des esclaves.

⁵ Paul N GOM, *L'école de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en Afrique occidentale française : analyse historique d'une théorie de l'inapplicabilité du Code*

XX^e siècles européens ont vu se substituer à la conception hégélienne de l'inhumanité du noir, le dogme de son infériorité. Aussi, selon le professeur N Gom, lorsqu'après les armées et les explorateurs aventuriers, les administrations coloniales se sont installées en Afrique, où elles ont remplacé les Compagnies, il a fallu concevoir un système de relation avec le milieu, avec les hommes du cru, afin de mettre en place un système efficace de mise en valeur. Il a fallu, à défaut d'un grand dessein colonial, d'une stratégie conçue et appliquée méthodiquement, gérer progressivement une cohérence de pensée et d'action. Cependant, une constante demeure, le principe de l'assimilation reste la pierre angulaire de la philosophie coloniale française⁶. Comment donc alors la pratique coloniale a-t-elle conduit à une telle césure ? A-t-elle été amenée à consacrer dans les faits une théorie française de *l'indirect Rule* déguisée ? En effet, selon Paul N Gom, l'expérience des hommes de terrain y a été pour quelque chose, ce qui explique comment la France assimilationniste a pu, contre toute attente, déboucher curieusement sur l'idée de respect des coutumes indigènes en contradiction manifeste avec son « âme ». En effet, le respect forcé des coutumes indigènes⁷ est une exigence locale et non une politique pensée depuis la métropole. On sait, dès lors que la confrontation de la pierre angulaire que constituait l'assimilation et de cette exigence locale entraîne inévitablement une érosion de la dernière frappée, de nombreuses exceptions⁸. Il s'agit, en dernière analyse, de faire prévaloir cette pierre angulaire dont les manifestations sont les principes de base sont la mission civilisatrice et de la domination françaises.

Par ailleurs, la représentation ordinaire de la chefferie renvoie *a priori* à l'univers des institutions politiques africaines précoloniales. Pourtant, « une reconstitution de son histoire », selon Tidjani Alou, « permet de l'ancrer résolument dans la dynamique actuelle de l'Etat au Niger et en Afrique de façon générale », ajoutons-nous, telle qu'elle s'est enclenchée au début de ce siècle avec le processus colonial. L'institution chefferiale, dans sa

civil au colonisé, des origines à l'indépendance, thèse de doctorat d'Etat, Dakar, juin 1993. p. 14-19.

⁶ En effet, le législateur français avait proclamé pour certains indigènes, par la loi du 24 avril 1833 qu'il confirmera par la loi du 29 septembre 1916, de même que le laissait croire un arrêté local du gouverneur du Sénégal en date du 5 novembre 1830, qu'eux-mêmes et leurs descendants étaient et demeuraient des citoyens français.

⁷ Voici quelques objectifs de la politique du respect des coutumes indigènes : 1-le besoin de rassurer les populations, 2- le besoin d'éviter des haines et des révoltes, 3-mettre à l'écart le respect des exigences de l'Etat de droit. Il s'agit, selon toujours N GOM, d'un écran de fumée destiné à tenir en échec les principes républicains issus de la Révolution française

⁸ L'indifférenciation du libre et du captif par la justice indigène, l'interdiction des châtiments corporels et des ordules, l'exclusion de la justice pénale voire du droit public ; c'est la non contrariété avec les principes de la civilisation française qui est en cause en définitive.

configuration actuelle, doit beaucoup à l'administration coloniale qui lui a donné ses contours sémantiques et institutionnels. A la vérité, la période de la conquête soit a anéanti toutes les autorités politiques négro-africaines, soit les a mis sous éteignoir. Car quel que soit l'acharnement de la résistance, selon Néné Bi, celle-ci n'a guère fait le poids face à un adversaire mieux armé et décidé. Ainsi, à la résistance armée, définitivement vaincue, succède la période de l'installation et de l'exploitation. Aussi, ajoute-t-il, « une fois la situation militaire et politique en mains, l'Europe peut, à loisir, se livrer à l'exploitation économique, autre aspect non moins marquant du phénomène colonial ». Deux données restent cependant à prendre en compte, un immense empire avec une population variée et un personnel restreint de coloniaux ne sachant rien des mentalités du bled.

L'institution chefferiale n'est ni une survivance des souverainetés négro-africaines précoloniales, loin s'en faut, ni une institution métropolitaine républicaine, il s'agit d'une création, *suis generis*, de stratégie coloniale. Inventée par les pouvoirs politiques coloniaux pour qualifier les formes d'organisation politique qu'ils ont trouvées sur place et qu'ils ont défaites, il est devenu un mot courant du langage politico-administratif actuel⁹.

La chefferie au Niger, aux dires de Tidjani et en Afrique Occidentale française en général¹⁰, a été instituée pendant la période coloniale. C'est William Ponty qui attira le premier l'attention sur l'importance de la chefferie dans la mise en place de la domination française en Afrique de l'Ouest. Dans sa fameuse circulaire « politique des races » (circulaire n°186, 1909), il encourage les administrateurs coloniaux « à choisir un chef indigène dans une famille de la race dont il représente un des groupements ». Cette stratégie permet de réajuster les premières pratiques initiées par les nouveaux dominants sans remettre en cause l'institution dont ils cherchent à préciser les contours. A cet égard, les commentaires émis par Zuccarelli (1973 : 218-219) sur la circulaire William Ponty fournissent un éclairage intéressant :

« Il (William Ponty) préconise une politique des races par opposition à celle qui consiste à conserver les principautés africaines dans leurs limites historiques. Son point de vue est que les anciens royaumes sont « des groupements arbitraires créés par la tyrannie des chefs locaux... ». D'où ce refus de voir des constructions solides dans ce qui est légué par l'époque

⁹ Pour Idrissa KIMBA (2002 :20), « le terme chef –européen et péjoratif– est ambigu. Il peut désigner aussi bien le souverain d'un Etat solidement structuré que le petit notable qui règne sur un village. C'est pour ne pas reconnaître aux souverains africains le titre de roi ou d'empereur que le terme a été réservé exclusivement au contexte africain ». Selon Olivier de SARDAN (1948 : 213) le terme chefferie fut utilisé par les premiers explorateurs et conquérants pour désigner les institutions politiques qu'ils avaient trouvées sur place. Le terme fut ensuite appliqué aux structures politiques nouvellement édifiées par les occupants.

¹⁰ C'est nous qui l'ajoutons car la politique est la même dans les huit territoires de l'AOF.

antérieure. Puisqu'elle est artificielle, il serait dangereux de la maintenir comme on l'a fait jusqu'alors. On doit donc abandonner la chefferie de royaume pour n'avoir en vue que ses anciennes composantes : les cantons. Sauf « quand les traditions locales y tendent et que les familles principales nous ont donné assez de preuves de leur loyalisme ». On note d'abord que les cadres géographiques institués par les us et les coutumes à travers les rites sacrés sont désacralisés et déstructurés. Ensuite, que la conception du colonisateur est chargée de préjugés sans fondement (« groupements arbitraires créés par la tyrannie des chefs locaux »), enfin et surtout que l'allégeance reste la condition de la nomination ; nous sommes, loin ici, des procédures traditionnelles de l'acquisition, de l'exercice et de la dévolution du pouvoir politique.

L'on doit à Van Vollenhoven d'avoir initié et défini avec clarté l'orientation de l'administration coloniale au sujet des chefs. Sa circulaire du 15 août 1917 en donne les détails. Ainsi, en ce qui concerne le recrutement des chefs, la circulaire précise-t-elle¹¹ que « Les candidats à l'emploi de chef devront être associés à l'administration du cercle. Ils participeront à la transmission des ordres et à leur exécution, ils surveilleront les chantiers, ils seront employés comme auxiliaires dans le recensement et la collecte des impôts ; ils seront chargés de rechercher les malfaiteurs, le tout sous la direction du chef indigène en exercice et sous le contrôle de l'administrateur commandant de cercle. Ainsi, la population sera habituée à voir ses maîtres de demain ; elle pourra les juger, en même temps que les commandants de cercles les jugeront. L'élimination des inaptes se fera tout naturellement, le meilleur se sera imposé par sa supériorité même, et, quand la vacance se produira, sa nomination ne sera qu'une consécration ». *Deviendra le chef, celui qui aura été le véritable coadjuteur.* Qui est le meilleur et quels sont les critères du véritable coadjuteur ? Nous pensons que la place reste largement ouverte à toutes sortes de manipulations sordides au sein de ce bicéphalisme inhabituel et concurrentiel.

La circulaire aborde aussi la situation matérielle du chef, ainsi que la façon dont il doit être traité par l'administrateur colonial : « Il faut veiller à ce que le chef soit installé convenablement. Trop souvent, les maisons des chefs ne se distinguent des autres maisons du village que par un délabrement plus grand et un entretien moins convenable. Il faut loger les chefs avec décence dans des habitations dont les abords soient largement dégagés et qui se distinguent par leur propreté et leur belle tenue. Ces maisons peuvent parfaitement être de type indigène ; il suffit qu'elles soient plus spacieuses et plus propres(...) // Il faut également que le chef ait des terres et celles-ci doivent être cultivées avec soin (...). // Les chefs seront d'autant plus

respectés par les populations qu'ils sont mieux traités par nous-mêmes (...) // Pour bien encadrer ses administrés, le chef indigène doit être bien commandé lui-même... Traitez-les avec honneur, marquez leur de la considération ! Redressez-les quand ils font mine de s'écartez du droit chemin, mais récompensez-les avec éclats quand ils servent avec fidélité ».

Il est certainement généreux de rendre plus spacieuses et propres les maisons des chefs indigènes et de leur conserver le profil indigène mais il est dangereux de leur attribuer des terres à titre individuel et privatif aux antipodes de la tenure collective africaine. Mais que le chef indigène soit redressé quand il s'écarte du droit chemin pose au moins deux problèmes : le sera-t-il devant ses administrés ? Qu'est-ce que le droit chemin ? Celui de la coutume ou celui non maîtrisé des nécessités coloniales ?

Les successeurs de Van Vollenhoven s'attacheront à donner des formes plus solides à ces relations. Ils seront confortés dans leur travail par une circulaire ministérielle datant de 1929 adressée aux gouverneurs généraux de l'AOF et de l'AEF, ainsi qu'aux hauts-commissaires de France au Cameroun et au Togo. Cette circulaire fait de la collaboration des chefs indigènes la base de la politique coloniale. Elle reconnaît aussi la nécessité de raffermir l'autorité de ces chefs, de bien les choisir, de les former, de les rendre à même d'assurer avec dignité les obligations de leurs fonctions¹² (Cornevin 1961 :379).

Dans la foulée, le gouverneur général Cardé, par une circulaire du 21 juillet 1930, donne des indications sur les démarches à suivre par les commandants de cercles pour assurer un meilleur contrôle des chefferies indigènes : il convient en certaines circonstances de faire résolument table rase de l'armature traditionnelle quand elle devient défaillante pour lui substituer au besoin un cadre construit de toutes pièces. L'hégémonie de certaines familles incapables ou indésirables ne doit plus être tolérée (Cornevin 1961 :380).

Il reviendra à Brévié, dans les années 1930, de donner un ancrage institutionnel à la politique enclenchée par Van Vollenhoven. Il s'attache à travers plusieurs circulaires à fournir des orientations explicites sur les liens que les administrateurs coloniaux doivent établir avec les chefs. En reprenant les propos tenus quelques années plus tôt par son illustre prédécesseur, il considère que « La collaboration avec les chefs s'impose à nous comme un devoir et comme une nécessité. Elle s'inspire du libéralisme de notre politique coloniale. Elle répond aux légitimes aspirations de la population. Elle complète une organisation qui souffre de la pénurie de cadres européens. Le commandement indigène doit être le plus solide point d'appui du levier

avec lequel nous nous proposons d'élever la masse » (circulaire du 23 août 1932).

Après avoir indiqué la nouvelle place et le rôle désormais dévolus au chef, il définit avec une grande clarté les contours du statut qui doit dorénavant le caractériser : « Les chefs indigènes sont à la fois les représentants de leurs collectivités ethniques dont les tendances et les réactions ne sauraient les laisser indifférents, et les mandataires d'une administration à laquelle ils sont tenus d'obéir (...) Le chef doit être une émanation du milieu : non seulement du milieu ethnique, mais encore de la province, du canton, du village (...) si les chefs doivent avoir la confiance de leurs administrés, il est également nécessaire qu'ils méritent la nôtre. Nous ne saurions admettre à la tête des groupements autochtones des chefs qui prétendraient faire échec à notre autorité, soit par une inertie systématique, soit dans une résistance ouverte. Nous ne saurions davantage tolérer les chefs incapables, prévaricateurs ou concussionnaires. Un choix s'impose donc : des chefs susceptibles de comprendre et d'assurer parfaitement leur rôle... Le chef qui nous est hostile doit céder ou disparaître » (circulaire du 27 septembre 1932).

De fait, la succession même des circulaires de 1909 à 1932 voire 1955 fait peser un doute sur la cohérence de la politique indigène de l'Etat colonial ; sa démarche est par là même claire-obscur. Comment vouloir composer avec les aristocraties traditionnelles vaincues ? Comment gérer un si grand empire conquis devant la réalité de la pénurie des cadres coloniaux ? A la vérité, si l'Etat colonial en eut les moyens, il se serait passé du commandement indigène ; car l'intention réelle est d'en faire table rase ou de le garder provisoirement le temps d'avoir les moyens humains et matériels mais malheureusement l'expérience coloniale impose de nouvelles exigences qui obligent au compromis, voire à la compromission¹³. Effectivement, ces directives auront peu d'effets pratiques, aux dires de Zucarelli¹⁴, du fait de la guerre et du personnel auquel elles s'adressent et qui est rendu exsangue par la mobilisation générale. Elles ont pourtant le mérite, poursuit-il, de soulever la question de la position personnelle des chefs de canton. Bien qu'ils aient été qualifiés de « fonctionnaires qui existent », Van Vollenhoven estime peu souhaitable de les constituer en un véritable corps de fonctionnaires. Ils doivent rester de simples auxiliaires sans statut précis.

¹³ Quelques années plus tard, dans sa circulaire du 15 août 1917, le gouverneur général Joost Van Vollenhoven notait déjà, lui aussi que pour la bonne administration de l'Afrique Occidentale, « il est indispensable d'avoir le concours des chefs indigènes. Il définit ceux-ci comme « des fonctionnaires qui existent, même quand ils n'ont pas d'attribution et dont l'autorité est reconnue quand il n'y a eu ni investiture ni délégation de pouvoir ».

¹⁴ François ZUCARELLI, « De la chefferie traditionnelle au canton : évolution du canton colonial au Sénégal 1855-1960 », in *Cahiers d'études africaines*, vol. 13 n° 50 p. 213-238.

Dès les premiers temps de la colonisation, continue-t-il, le canton est donc destiné à remplacer l'ancien royaume. Le chef de canton sera, avec les chefs de village, le dernier échelon de l'action administrative. Mais sur un certain nombre de points l'incertitude subsiste. Une réglementation et une pratique vont se former lentement. Nous les suivrons en accordant notre attention au chef canton lui-même. Dans la mesure où l'on modifie constamment les limites de celui-ci, il cesse d'avoir, en effet, une base ethnologique ou historique pour n'être plus qu'une simple subdivision territoriale. Mais c'est le chef canton qui présente le plan grand intérêt pour les ci-devant raisons évoquées. Dès lors, nous examinerons comment il s'intègre difficilement dans la fonction publique coloniale (**I**), ainsi que les attributions qui lui sont confiées (**II**).

I - Un statut introuvable

Dans cette section, deux questions seront l'objet de notre préoccupation : il s'agit, d'une part, de savoir si le chef canton est considéré comme une autorité coloniale (**A**) et d'autre part, si au contraire, il est resté un souverain traditionnel (**B**).

A - Le chef canton, une autorité coloniale ?

Si les textes réglementaires sont relativement clairs successivement sur le déroulement de leur carrière, leur participation aux avantages de la fonction publique et les règles de répressions disciplinaires tendant même à la fois à une grande fonctionnarisation et à une certaine démocratisation¹⁵, le statut des chefs cantons reste une véritable énigme. Le chef de canton est-il ou non un fonctionnaire ? Si oui, relève-t-il de l'Etat colonial (agent central) ou des cadres locaux (agent local) dans le cadre de la déconcentration administrative ? Le chef de canton est-il plutôt un élu local au regard de la décentralisation administrative ? Ou enfin, est-il juste un collaborateur occasionnel de l'administration coloniale ?

Nous savons que les techniques d'organisation administrative sont, d'une part, la centralisation dont la modalité pratique est la déconcentration et d'autre part, la décentralisation. La déconcentration est une technique d'organisation qui consiste à remettre d'importants pouvoirs de décision à des agents du pouvoir central placés à la tête des diverses circonscriptions administratives et des divers services. La décentralisation consiste à remettre des pouvoirs de décision à des organes autres que des simples agents du pouvoir central, non soumis au devoir d'obéissance hiérarchique et qui sont

¹⁵ ZUCARELLI, *op. cit.*, p. 221-233.

souvent élus¹⁶ par les citoyens intéressés. En effet, les deux ont en commun le fait que des pouvoirs de décision importants échappent au pouvoir central et sont exécutés sur place.¹⁷

Or, on s'en souvient, Van Vollenhoven s'est refusé à faire des chefs de canton des fonctionnaires¹⁸. Ils sont, pour lui, de simples auxiliaires dont il importe peu de préciser le statut. L'arrêté du 6 septembre 1922 les qualifie du terme vague d' « agents ». Mais alors, s'agit-il d'un agent du pouvoir central ou d'un agent local ? Le chef traditionnel relève directement de l'autorité hiérarchique du représentant de l'Etat dans sa circonscription¹⁹, ici le commandant de cercle. Son mode de désignation, ses responsabilités, son traitement financier et son régime disciplinaire en font un agent public.

A ce titre, le juge administratif français a décidé dans une affaire que le chef de village doit être regardé comme « un agent local » et que par suite, tout litige lié à sa nomination doit suivre la procédure administrative contentieuse telles qu'établie par les textes. « Considérant que (...) en vertu de ces textes, lesdits conseils sont juges ordinaires du contentieux local ; qu'ils sont ainsi compétents, à moins de textes contraires, pour statuer sur les litiges ordinaires concernant *les agents locaux des circonscriptions où ils ont été institués* (...) il appartient au conseil du contentieux administratif du Togo de connaître en premier ressort de la requête par laquelle le sieur Gbogan Toudéka demande l'annulation de la décision du commandant de cercle d'Anécho réintégrant le sieur Agbossoumondé dans ses fonctions de chef de village d'Akoumape Assiko précédemment occupé par le requérant ».

La notion d' « agents locaux » utilisée ici par le juge français n'est pas appropriée. Le chef ne relève pas de la fonction publique locale, il n'est pas « l'agent d'une collectivité locale » du moins tant que les textes n'en ont pas expressément disposé ainsi. Cette précision est contenue dans un autre arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1955, ville de Saint-Louis : « considérant que (...) aucune disposition dudit décret n'a impliqué la modification du rôle des

¹⁶ L'élection est de l'essence même de la décentralisation dont les conditions de réalisations sont : -La reconnaissance d'intérêts locaux différents de ceux de l'Etat central ; -La reconnaissance d'organes locaux élus par les communautés (populations) ; -La reconnaissance de la personnalité juridique distincte de celle de l'Etat central, il y a ici création d'une nouvelle personne de droit public ; -La reconnaissance d'une autonomie financière et de gestion (un budget propre et des agents locaux) ; -L'existence d'un pouvoir de tutelle car si la collectivité est autonome, elle ne devient pas indépendante de l'Etat central qui l'a créée. On sait en droit que les conditions sont cumulatives et que le défaut de l'une énerve l'institution même.

¹⁷ Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1958, p. 639.

¹⁸ ZUCARELLI, *op. cit.* p. 233.

¹⁹ Christian TRIMUA, « Le statut juridique de la chefferie traditionnelle au Togo : incertitudes et ambiguïtés », Gouvernance en Afrique, ARGA TOGO, Atelier de SOKODE sur « La place du chef traditionnel dans le contexte de la décentralisation.

chefs de quartier en matière d'état civil, de surveillance de la collecte des impôts, de transport des correspondances ou de conciliation ; que dans l'exercice de ces attributions, les chefs de quartiers ne relèvent que du chef du territoire.... », il s'agit, par conséquent, d'un agent public de l'Etat et son étroite subordination à l'*administration peut s'apprécier à travers trois éléments : son mode de désignation, son traitement et son régime disciplinaire*²⁰.

Van Vollenhoven les définit comme « des fonctionnaires qui existent, même quand ils n'ont pas d'attribution et dont l'autorité est reconnue quand il n'y a eu ni investiture ni délégation de pouvoir²¹ ». Il semble bien que l'autorité coloniale ne veuille point préciser le statut du chef de canton. Et pour Zucarelli, c'est le dédoublement fonctionnel qui permettrait d'expliquer tout ce qu'il y a d'incertain dans le statut des chefs de canton. Comme l'a fort clairement marqué le gouverneur Brévié dans sa circulaire du 27 septembre 1932, le chef de canton est à la fois, le mandataire ou l'agent de l'administration coloniale et le représentant des collectivités ethniques. Ses attributions, telles qu'elles sont établies par l'arrêté du 11 janvier 1935, l'insèrent dans le réseau administratif, non point pour « morceler l'autorité », mais pour la « rendre plus tutélaire en établissant un contact plus direct entre l'administration et l'administré ». En même temps, son rôle non écrit, institué par la nécessité et devenant une pratique coutumière, est d'être le porte-parole des populations rurales dont il exprime les opinions²², les aspirations que ne ressentent point avec netteté les administrateurs français. Ceci complète heureusement, poursuit Zucarelli, la représentation des populations urbaines par les conseils municipaux de plein ou moyen exercice.

Mais il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une simple attribution de renseignement comme celle qui incombe à tous les responsables de circonscriptions administratives de par le monde. Tout en exécutant des ordres, la chefferie met au service de la France sa connaissance du pays, son influence, son prestige dans le canton dont elle doit être le reflet le plus complet. Elle est l'émanation d'un milieu. Toutes les directives du pouvoir central et des gouverneurs généraux sont en ce sens.

A ceci l'on doit fixer, pourtant, certaines limites, fait observer Zucarelli. Tout d'abord, s'il y a des chefs qui s'imposent à leurs administrés par leur origine ou leur personnalité, il y en est qui réussissent plus ou moins bien auprès du commandement français. On peut même dire que les deux réussites sont souvent liées. Il n'est, pour ce faire, selon notre auteur, que de lire les dossiers individuels. On y voit apparaître un véritable désir de ne conserver

²⁰ TRIMUA, *op. cit.*

²¹ Circulaire au sujet des chefs indigènes, Imprimerie officielle de Rufisque, 1948.

²² Hypothèse rare dans le cadre de la colonisation.

que les chefs ayant la plus grande influence. Ceux qui en manquent ne peuvent point être des mandataires des collectivités ethniques.

C'est à dessein que nous gardons, poursuit-il, le terme de « collectivités ethniques » car le dédoublement fonctionnel n'est pas, dans notre cas, net que dans l'exemple français. Il ne peut en être autrement puisque le canton, contrairement au département et à la commune, n'est pas une collectivité locale dotée de la personnalité juridique²³. C'est pourquoi, les textes marquent bien la position d'agent du pouvoir central qu'ont les chefs, mais laissent dans le flou son action de représentant d'une collectivité sans existence légale (bien que celle-ci soit incontestable). Il y a hétérogénéité des deux composantes, sans que le dédoublement fonctionnel puisse être mis en cause, conclut Zucarelli.

Aussi, pour Carine Jallamion²⁴, le juge français obéit à la logique du législateur colonial²⁵, « au diapason du législateur », ici la logique de la politique coloniale, précise-t-elle, va finalement reconnaître les collectivités indigènes successivement par un détour à la propriété individuelle, par les notions de prêt en droit, par le droit d'ester en justice et finalement par une consécration des droits des collectivités sur leurs terres²⁶. Selon, elle, les magistrats définissent ensuite la véritable nature de ces collectivités. Ils prennent le soin de noter qu'elles relèvent du « droit indigène civil », et qu'elles se situent donc « sur le plan entièrement distinct du plan du droit administratif français et notamment de la commune de droit français (...) ; ces collectivités, en revendiquant sur le sol des prétentions fondées sur une tenure spéciale, de nature indigène, agissent uniquement sur le plan du droit indigène ; (et) ce serait faire une confusion non seulement du droit civil et du droit administratif, mais du droit indigène et du droit français, que de prétendre soumettre ces collectivités indigènes à la loi municipale française (...) ». Ce principe affirmé rompt avec toutes les décisions précédentes²⁷, qui

²³ En Côte d'Ivoire, alors que l'ancienne législation prévoyait cinq collectivités territoriales, savoir : la commune, le conseil général, la ville, la région et le district, la nouvelle réglementation (ordonnance) en prévoit actuellement deux qui sont la commune et la région laissant par là même plusieurs villages en dehors de la décentralisation et l'épineux problème de la dévolution du patrimoine des anciennes collectivités « supprimées ».

²⁴ Carine JAMALLION, « Le juge français face aux collectivités indigènes », in *Le juge et l'outre-mer, les roches bleues de l'empire colonial*, UMR CNRS « Dynamiques du Droit » Publication du centre d'histoire du droit judiciaire, 2004.p. 371-419.

²⁵ C. JAMALLION, *op. cit.*, le juge aux frontières de l'ordre public et du devoir de justice ; reconnaîtra d'abord les collectivités : -Dans l'intérêt de l'ordre public ; -Sous l'angle de la répression ; -Sous l'angle fiscal ; -Sous l'angle des obligations à assumer dans l'intérêt de la colonisation. Toutefois, il leur refuse l'accès à la justice coloniale

²⁶ Les magistrats confirment d'abord l'existence des collectivités indigènes et définissent ensuite la véritable nature de ces collectivités.

²⁷ CS/CA, 1995, TAGNE Sodgui, c'est qu'au Cameroun, la collectivité du même nom s'est vue déposséder d'une partie de ses terres au profit de FONO Jacques. Ce dernier avait tout

ont reconnu ou refusé des droits aux collectivités ou à leurs membres, mais par rapport aux principes du droit français. La reconnaissance de leur existence ne passe donc plus par l'application, aveugle ajoutons-nous, du droit français, même détourné. Le juge français admet désormais l'existence d'une institution par rapport aux coutumes qui la régissent.

La chefferie traditionnelle est en réalité ce l'on pourrait appeler un « objet juridique non identifié », car l'analyse conjuguée de l'arrêté n°951-49/APA du 2 décembre 1949 et le décret n° 59-121 du 3 août 1959 portant statut de la chefferie traditionnelle et modifiant l'arrêté précité fait du chef traditionnel un véritable objet juridiquement non identifié (OJNI). S'il distingue bien le chef traditionnel en tant qu'une autorité de la communauté dont il a la direction²⁸, ils en font également un agent de l'administration²⁹. Ce qui ne manque pas de poser la question de sa véritable classification dans la nomenclature plurielle des personnels de l'administration.

Mais la difficulté est encore accrue lorsqu'on s'interroge sur la définition juridique de la chefferie entendue comme une collectivité humaine. Ses rapports aussi bien avec le chef de l'Etat ne sont ni ceux que l'on trouve dans le cas de la décentralisation administrative, ni de ceux qu'induirait un système de déconcentration administrative. La chefferie traditionnelle ne semble finalement pas pouvoir être identifiée dans son essence ni comme une circonscription administrative, ni comme une collectivité locale décentralisée, à laquelle on lui refuse l'accession.

Pour être complet sur le statut, nous pouvons aussi dire que le chef canton n'est pas un collaborateur occasionnel. Car les collaborateurs occasionnels du service public sont des personnes qui exercent des missions occasionnelles pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements en dépendant ou des organismes privés en charge d'un service public administratif³⁰. En effet, si le chef de canton est un homme de

simplement eu la bonne idée d'aller la faire immatriculer à son nom. La Cour suprême déboute la chefferie en ces termes « attendu que la procédure d'obtention du titre foncier a été régulière, et que la collectivité Tagne Sobgui qui revendique un droit coutumier sur ce terrain ne rapporte pas la preuve d'une erreur, omission ou irrégularité commise par l'administration ». En clair donc le caractère communautaire d'un bien, fut-il cheffal ne lui assure aucune protection particulière, voir aussi, CE, 11janvier 1955, Ville de Saint-Louis, « considérant que (...) aucune disposition dudit décret n'a impliqué la modification du rôle des chefs de quartiers.

²⁸ Articles 1^{er}, 3, 4, 5, et 6 de l'arrêté de 1949.

²⁹ Article 8 du décret de 1959.

³⁰ La réglementation relative à la collaboration occasionnelle établit des conditions liées à l'exercice de l'activité pour bénéficier du statut particulier de collaborateur occasionnel du service public, ainsi, la personne doit exercer son activité : -Soit à titre exclusif mais de façon discontinue, ponctuelle, irrégulière : il pourra s'agir notamment du retraité qui exerce de manière irrégulière et ponctuelle une activité pour les services publics ; -Soit de manière accessoire à une activité principale. Dans ce cas, le caractère accessoire peut se déduire de deux points cumulatifs : soit la constatation d'au moins une activité exercée à titre principal par ailleurs ; soit

missions, ces missions ne sont pas occasionnelles, discontinues, ponctuelles et irrégulières car il exerce ses fonctions à titre principal et régulier. Si le chef de canton devait être un collaborateur, il serait un collaborateur permanent, or justement cette catégorie juridique n'existe pas dans la nomenclature administrative française métropolitaine ou coloniale.

On le voit, le chef de canton n'est ni une autorité administrative, ni un élu local encore moins un collaborateur occasionnel au regard du droit français colonial. Il se peut, peut-être que le principe du respect des coutumes indigènes l'ait maintenu dans les paradigmes des us et coutumes négro-africaines pour en faire un souverain coutumier ?

B - Est-il resté un souverain coutumier ?

« Dans la mesure où elle existe encore, la coutume politique a profondément et naturellement évolué. Par le fait de la conquête qui a substitué au protectorat de droit interne des débuts, le gouvernement direct légalisé dans la Constitution. Par la pratique administrative qui l'a dégradée, en ravalant le chef au rang de fonctionnaire d'exécution. Il n'y a plus de chefs coutumiers à proprement parler, mais des chefs autochtones, à moitié fonctionnaires³¹ ». Senghor constate que les chefs coutumiers ont disparus pour laisser place aux agents d'exécution de la mission civilisatrice durant la présence française et en cela ; il rejoint William Ponty dans sa politique des races :

« Il (William Ponty) préconise une politique des races par opposition à celle qui consiste à conserver les principautés africaines dans leurs limites historiques. Son point de vue est que les anciens royaumes sont « des groupements arbitraires créés par la tyrannie des chefs locaux... ». D'où ce refus de voir des constructions solides dans ce qui est légué par l'époque antérieure. Puisqu'elle est artificielle, il serait dangereux de la maintenir comme on l'a fait jusqu'alors. On doit donc abandonner la chefferie de royaume pour n'avoir en vue que ses anciennes composantes : les cantons. Sauf « quand les traditions locales y tendent et que les familles principales nous ont donné assez de preuves de leur loyalisme » ».

On aura compris pourquoi les mécanismes de désignation de ces « fonctionnaires d'exécution » (2) vont heurter au point de les anéantir, les procédures négro-africaines de transmission du pouvoir (1).

la comparaison entre le montant des revenus tirés de l'activité principale et celui tiré de la participation au service public, ce montant devant alors être moins important.

³¹ Léopold Sédar SENGHOR, Rapport à l'Assemblée nationale, cité par la Documentation Française, Notes et Etudes Documentaires, n° 2508 du 10 février 1959.

1 - Les procédures négro-africaines de transmission de pouvoir

La conception que les sociétés africaines se font du pouvoir royal apparaît à deux niveaux. D'abord, au niveau de la personne même qui abrite le pouvoir royal ; quel que soit le nom qu'on lui donne et quel que soit le contenu que l'on peut donner au concept, *le roi est toujours un personnage sacré*. En second lieu, au niveau des règles qui président à la transmission du pouvoir royal : le principe royal survit toujours à la personne du roi³². Ainsi, la mort du souverain est à peu près partout l'occasion de mettre en valeur deux principes qui expliquent la royauté. Ils concernent, d'une part, la nécessité d'un successeur, donc d'un roi, et d'autre part, le choix dans une famille ou dans certaines familles³³. Le roi est indispensable. Bénéfique et maléfique, il est un bien et un mal nécessaire au point que certaines sociétés traduisent cette idée dans les faits et y consacrent des rites précis³⁴.

En effet, la désignation du successeur n'obéit pas dans tous les royaumes aux mêmes schémas. Toutefois, le principe royal tel qu'il est ressenti par les populations, milite en faveur de son maintien dans un lignage déterminé, éventuellement au sein de plusieurs lignages à tour de rôle. En toute hypothèse, la royauté ne peut être attribuée à un individu qui n'appartient pas à une ligne royale mais peut l'être effectivement à tout individu appartenant à cette lignée et cela même si dans certains royaumes est soigneusement entretenue l'idée que le roi est un « étranger »³⁵.

La désignation étant faite, se déroulent alors des cérémonies d'intronisation inspirées des anciennes traditions animistes et empreintes de rites magiques. D'une manière générale, pour nous résumer, il y a lieu à élection selon des modalités fixées par la coutume. Ne peuvent être élus que ceux qui appartiennent à certaines familles privilégiées. Ceci est vrai quant à la transmission du pouvoir à tous les échelons de la hiérarchie sociopolitique : royaume, canton, village. Le formalisme rigide que nous

³² Séraphin NENE BI BOTI, *Histoire comparative des institutions méditerranéennes et négro-africaines*, Abidjan, ABC, mai 2015, p. 281- 302.

³³ NENE, *op. cit.*

³⁴ L'exemple le plus célèbre est celui des Swazi d'Afrique australe. Chaque année, fait observer NENE, est organisée une cérémonie à caractère national : l'incwala. On y retrouve des deux phases qui symbolisent la dualité royale. Au cours de la première, la société laisse exhale sa haine contre le roi ; des chants affirment qu'il est l'ennemi rejeté par le peuple et s'accompagnent d'une anarchie généralisée : désordre, pillage etc. Dans la seconde phase, le roi prend la direction de la cérémonie en exposant ce que doit être l'ordre social. Par un ensemble de symboles, de préséances, il remet en ordre la hiérarchie sociale. Les choses se calment et tous supplient le roi de reprendre sa place.

³⁵ En réalité, choisi jeune, le futur roi est fils du roi, mais élevé loin de la capitale et des intrigues, il est sans ami, ni ennemi ; ainsi en va-t-il chez les Yorouba ; chez les Fons et les Kotoko, les épouses du roi sont choisies dans les familles les plus éloignées du monarque régnant, chez les Vili, les maîtres du pays dénichent secrètement à l'étranger quelqu'un qui puisse être leur souverain et leur arbitre.

avons rencontré, on le retrouve dans la répartition des charges et des priviléges, puisque aussi bien, sauf exceptions, nul ne peut prétendre à une fonction officielle de quelque importance s'il n'a pas de place dans la chaîne reliant le souverain aux vassaux. Pour se trouver dans celle-ci, il faut être de naissance noble. Par conséquent, le souverain, dont l'élection était soumise à certaines conditions, est tenu de se soumettre à des conditions très semblables pour la désignation des hauts fonctionnaires et chefs territoriaux³⁶, étant soumis lui-même à des principes supérieurs que sont la religion et les coutumes notamment. Or, les nécessités coloniales obéissant à d'autres logiques (moyens de colonisation³⁷) vont s'affranchir des exigences coutumières et religieuses dans la désignation des agents d'exécution.

2 - Les mécanismes coloniaux de désignation des fonctionnaires d'exécution

Après la conquête, après avoir prononcé par nécessité la déchéance des chefs, l'administration coloniale les rappelle à nouveau à l'activité, les convie à une collaboration de plus en plus intime³⁸, disons plutôt, servile. En effet, le moins qu'on puisse dire est que, suivons en cela dans cette section CBA Remarck, le nouveau chef indigène issu de la conquête diffère totalement du chef traditionnel d'hier. Cette distinction est essentielle et les grands maîtres de la doctrine politique coloniale l'ont précisée avec netteté afin qu'il ne subsiste aucune équivoque dans les esprits sur cette importante question. Voici ce qu'en dit Van Vollenhoven : « les chefs ne sont pas d'anciens souverains dont nous voulons ménager les trônes ; les trônes ou bien n'existaient pas, ou bien ont été renversées par nous et ne seront plus relevées. Entre nous et les populations, il doit y avoir un truchement, non parce qu'il nous est imposé, mais parce que nous l'avons choisi, et nous l'avons choisi parce qu'il est le meilleur ».

Après Van Vollenhoven, l'inspecteur Maret s'est attaché surtout à définir ce qu'est le chef de canton, et ce qu'il n'est pas, ainsi que sa place dans la hiérarchie administrative. « Que l'on s'entende bien sur les définitions, écrit-il dans son rapport du 5 décembre 1930, le chef de canton n'est pas le continuateur de l'ancien roitelet indigène, exerçant autrefois une autorité basée sur la coutume ou la violence, et que nous serions venus limiter, tempérer ou contrôler. Même lorsqu'il y a identité de personne, il n'y a plus rien de commun entre l'état de choses ancien et le nouveau. Le chef de canton, fut-il le descendant du roi avec lequel nous avons traité, ne détient aucun pouvoir propre. Nommé par nous, après un choix en principe

³⁶ ZUCARELLI, *op. cit.*

³⁷ E. GASPARINI, « La chambre d'homologation », dans *Le juge et l'Outre-mer*.

³⁸ Jean CBA REMARCK, *La chefferie traditionnelle face à la colonisation française, le cas de la Côte d'Ivoire*, Abidjan, Mémoire de géopolitique, 27 février 2000.

discrétionnaire, il est, il est seulement, notre auxiliaire. Il met à notre service sa connaissance du pays, son influence, son prestige. Et c'est tout. Il ne fait qu'exercer nos ordres. Si nous avons jugé plus expédient de les transmettre par intermédiaire, nous pourrions les adresser directement sans qu'il soit fondé à s'en plaindre. En fait, et afin précisément de trouver en lui cette influence et ce prestige qui seront sa seule force, nous avons été amenés à le choisir toutes les fois où cela nous a été possible, parmi les descendants de ces anciens roitelets. Mais ceci ne doit créer aucune confusion. Il s'agit d'un échelon de commandement que nous avons créé et que nous imposons, non d'une institution coutumière maintenue par nous ».

Le chef de canton, par ailleurs, ne doit pas être confondu avec le fonctionnaire indigène et c'est encore l'inspecteur Maret qui établit cette distinction : « le chef de canton doit moins encore être confondu avec le fonctionnaire indigène appointé par nous, appartenant à un cadre, spécialisé dans une catégorie d'actes et en principe interchangeable avec ses collègues. Encore que rien ne s'oppose à ce qu'il soit rémunéré bien au contraire, ce qui fait son originalité, ce qui lui donne son caractère particulier, c'est qu'il est choisi non uniquement en raison de ses capacités, mais de son rang social, en considération d'éléments étrangers à sa valeur ».

En ce qui concerne le milieu de recrutement de ces nouveaux chefs, trois théories se sont opposées. Les amis de la tradition estiment que l'on doit « choisir les chefs que dans les familles traditionnellement appelées à cet honneur » ; Non répondent les partisans d'un changement radical, il faut écarter une fois pour toutes les membres des familles qui ont régné autrefois sur le pays ; la chefferie, disent les autres, doit être une récompense pour les meilleurs auxiliaires de l'administration, pour ceux qui ont donné des preuves de discipline et de dévouement, c'est-à-dire les interprètes, les secrétaires des chefs de circonscriptions, les anciens gardes de cercles et travailleurs.... »

Pour Van Vollenhoven, qui pense qu'il ne peut y avoir en la matière une seule règle simpliste, mais plusieurs hypothèses, la tradition doit être appliquée si elle existe, si elle est suffisamment connue, et s'il n'y a qu'un seul candidat. Si la tradition est volontairement embrouillée (stratégie coloniale en perspective !) par plusieurs candidats en lisse, il faut respecter la volonté de la majorité (démocratisation ?). Enfin, en l'absence de coutume sur la transmission du pouvoir, il convient de désigner d'office et d'imposer un candidat de l'extérieur.

« Si dans le grand nombre des cas, dit Maret, nous nous attacherons à choisir l'individu désiré par les populations qu'il sera appelé à commander, il ne s'ensuit pas que celles-ci doivent procéder à une véritable élection. La consultation préalable à laquelle doit se livrer le commandant de cercle doit être purement officieuse et menée avec la plus grande discréction. Il se

renseigne, il sollicite des avis, des conseils, mais il ne doit procéder à aucune consultation publique, pas plus qu'il ne demandera d'approbation une fois la décision prise... Il n'y a pas de dévolution de pouvoir. Il y a simplement vacance d'emploi et une nomination nouvelle ».

Cette ambiguïté, soutient J. Lombard³⁹, de leur position sociologique a été, pour ainsi dire, entretenue par les gouvernements coloniaux, qui n'ont jamais réussi à préciser leur position juridique ni même parfois tenté de le faire. En effet, la tradition administrative française n'a jamais voulu considérer le chef autochtone comme un fonctionnaire. La circulaire du gouverneur Brévié, en 1935, voyait en lui une « émanation du milieu », celle du gouverneur Eboué, en 1941, faisait observer également qu'il n'était pas un fonctionnaire, puisque ses fonctions « n'étaient pas interchangeables », mais « un aristocrate ». Seul, en 1917, le gouverneur général Van Vollenhoven le reconnaissait comme un « fonctionnaire qui existe », mais demandait qu'il soit soustrait au droit commun⁴⁰.

A la fin de l'époque coloniale⁴¹, poursuit J. Lombard, les parlementaires, consultés par le gouvernement métropolitain, émettaient des avis partagés. Certains pensaient qu'il ne pouvait être considéré que comme un aristocrate, représentant de son peuple, d'autres, faisant état de la perte de ses pouvoirs ou de leur inexistence, marquaient leur préférence pour une solution lui accordant le statut de fonctionnaire⁴². Quant aux juristes, ils ont été dans les mêmes années, divisés sur ce problème. Dans certains cas, ils estimèrent, par exemple, devoir valider l'élection au Conseil général d'un chef de Guinée, considérant qu'il n'était pas un agent ou un comptable public, mais une personne privée dont l'administration consacre et utilise l'autorité...⁴³. Dans d'autres cas, au contraire, critiquant cette opinion, ils refusèrent de lui reconnaître ce caractère de personne privée, prétextant qu'il était nommé par l'administration et possible de ses sanctions. Dans ce sens, un arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan précisait que « son statut administratif se rajoute au statut coutumier et s'en distingue pour faire de ce citoyen un membre de l'administration⁴⁴ ». Ainsi, dans les dernières années, conclut Lombard, le

³⁹ J. LOMBARD, *Autorités traditionnelles et pouvoirs européens en Afrique noire, le déclin d'une aristocratie sous le régime colonial*, Paris, Armand Colin, 1967, p. 19 et s.

⁴⁰ J. BREVIE, « Circulaire du gouverneur général Brévié pour l'A.O.F. », sept. 1932, Imprimerie du gouvernement, Gorée, p. 32. F. EBOUE, « La nouvelle politique indigène pour l'A.E.F. », ch. II des *Institutions politiques...*), p. 19. J. VAN VOLLENHOVEN, « Circulaire au sujet des chefs indigènes du 18 août 1917 » Dakar, *J.O. de l'A.O.F.* 1917, p. 466.

⁴¹ J. LOMBARD, *op. cit.*

⁴² « Débats de l'Assemblée de l'Union française », janvier-février 1953. *J.O. Débats Assemblée de l'Union française*, p. 109 et s.

⁴³ Conseil du contentieux administratif de l'A.O.F. du 1^{er} avril 1947, recueil *Penant*, 1958, p. 154.

⁴⁴ Arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan du 9 février 1953, *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1, janv.-mars 1957, p. 146.

chef tendait dans les territoires français à devenir une autorité administrative plutôt que traditionnelle.

Ce statut (*sui generis*) du chef de canton à l'allure d'un serpent de mer suscite de réelles appréhensions relativement à ses attributions juridiquement opérantes.

II - Des attributions ambiguës

Les attributions du chef de canton s'appréhendent en général comme des moyens mis à sa disposition pour accomplir ou exécuter une mission (une corvée) de sorte qu'on a l'impression qu'il est à la fois tenu à distance (méfiance) par le droit colonial (*A*) qui l'a cependant forgé de toutes pièces (*supra*) et par là même vomi par le droit traditionnel incapable de reconnaître (*B*).

A - Le chef de canton, tenu à distance par le droit colonial

Nous verrons successivement, dans cette section les attributions, les moyens et les sanctions du chef canton colonial.

1 - Les fonctions du chef de canton

Dans le cadre de la délégation qu'il a reçue du commandant de cercle ou du chef de subdivision, le chef de canton possède des pouvoirs administratifs, financiers, sanitaires et de police⁴⁵ :

- Du point de vue administratif, il est l'agent de transmission et de liaison entre le chef de circonscription et les chefs de village. Il transmet aux chefs du village les ordres supérieurs et veille à leur exécution, il est chargé de présenter les appelés devant les commissions de recensement pour le service militaire et tenir le contrôle des réservistes. Il peut être chargé de tenir un double des registres de recensement, de centraliser et de faire parvenir aux chefs des circonscriptions tous les renseignements relatifs à l'état civil⁴⁶. Il tient ainsi un registre nominatif des naissances et des décès, par village, et suit les mouvements de la population. Il dresse les plans d'emploi des prêts consentis par les sociétés de prévoyance⁴⁷ et poursuit le recouvrement. Enfin, il surveille, d'une manière permanente, l'administration des chefs du village et des commissions villageoises. Remarquons qu'il n'est rien dit des préoccupations des populations (si elles en avaient ?) qui devraient remonter

⁴⁵ L'arrêté du 11 janvier 1935 en son article 13 notamment, *J.O.*, Sénégal 1935, p. 46.

⁴⁶ Dorothée Aline AKA épouse LAMARCHE, « L'état civil en Côte d'Ivoire, ou les chroniques d'une défaillance annoncée », *RID*, 2015, n° 45.

⁴⁷ Samba THIAM, *Les indigènes paysans entre maisons de commerce et administration coloniale : Pratiques et Institutions de crédit au Sénégal (1840-1940)*, Presses universitaires d'Aix Marseille III, septembre 2007.

à l'autorité coloniale de sorte que cette courroie de transmission tourne ou roule à sens unique. Il en va autrement pour une autorité locale (le préfet !) d'une circonscription administrative.

- En matière financière, il a un rôle primordial, et c'est sur son activité en ce domaine qu'il est jugé et noté, le chef de canton surveille le recouvrement des impôts et taxes diverses des villages, assure la répartition des prestations et réquisitions entre les villages relevant de son autorité⁴⁸. Il assure la préparation de la perception de l'impôt et veille à l'exécution des ordres du commandant de cercle. Il ne peut accomplir d'actes de perception que dans le cas exceptionnel où il cumule ses fonctions avec celles de chef de village. En effet, c'est à ce dernier personnage qu'il incombe de faire rentrer les différentes impositions et taxes, sous la surveillance du chef de canton. Les sommes perçues dans le canton sont remises au responsable cantonal pour versement à la caisse du cercle. Plus anciennes sont les indemnités propres à la chefferie. Elles ont pour but de stimuler le zèle des collecteurs d'impôts⁴⁹.

- En matière sanitaire, le chef de canton signale les épidémies et épizooties, veille à l'exécution des règlements sanitaires et tient un cahier de recensement des sommeilleux et lépreux.

- En matière de police, le chef de canton est qualifié d'« auxiliaire de police judiciaire en matière indigène⁵⁰ ». Il veille à l'ordre public et prend les mesures d'urgence qui s'imposent, sans disposer, toutefois, d'aucune force de police à cet effet. En réalité, il se borne à signaler les mouvements d'opinion, les propagandes considérées comme subversives. Surtout, il donne son arbitrage dans les affaires, notamment domaniales, qui risquent de créer des désordres. Il arrive qu'à titre individuel, il reçoive des attributions plus précises. Ainsi, peut-il être habile à l'effet de rechercher et constater les infractions aux règlements forestiers, après avoir prêté serment devant le tribunal de première instance.

2 - *Les moyens du chef de canton*

Après avoir substitué la chefferie administrative à la chefferie traditionnelle et définies les attributions des titulaires, l'autorité française s'est d'abord préoccupée de former ceux-ci à leurs nouvelles fonctions. La première expérience dans cette voie fut tentée au Sénégal en 1893 par le

⁴⁸ CBA REMARCK, *op. cit.*

⁴⁹ Un arrêté n° 1648 du 6 septembre 1922 réglemente la matière pour la première fois. Il accorde une prime de 2 % aux chefs de village et de 1 % aux chefs de canton sur le montant du recouvrement de l'impôt personnel et de la taxe sur le bétail.

⁵⁰ Auxiliaire du commandant de cercle en matière de police indigène, le chef de canton veille au bon ordre et à la sûreté publique de son district, recherche et surveille les agissements susceptibles de troubler l'ordre et la sécurité publics, recherche les crimes et délits, en livre les auteurs aux autorités auxquelles il fournit également les preuves rassemblées par lui ; en fait il joue un mauvais rôle du point de vue traditionnel car il aide à mettre en prison.

gouverneur de la Mothe en fondant à Saint-Louis une école des fils de chefs et des interprètes⁵¹.

Dans l'esprit de son créateur, cette école⁵² doit permettre d'imprégnier de civilisation française les cerveaux des jeunes gens pris dans un milieu que la tradition atavique locale entoure de considération, pour en faire plus tard les collaborateurs actifs du commandement territorial. Organisée par un arrêté du 27 mai 1893, cette école est destinée, comme son nom l'indique, à former les futurs chefs et interprètes. Elle connaît des fortunes diverses (Remarck). Détachée de l'école normale le 7 novembre 1907, elle est fermée le 9 juin 1909, puis reprise le 27 mars 1922 pour être définitivement supprimée le 13 octobre 1927 par arrêté du gouverneur général. En effet, tout le monde s'accorde sur son principe, en revanche son fonctionnement pratique est loin de donner satisfaction à tous. Entre autres reproches, l'école est accusée d'éloigner de leurs provinces les fils des chefs et des interprètes et de les isoler de leurs futurs sujets⁵³. D'autre part, ses élèves, trop vite soustraits à l'autorité familiale (cadre primaire de la formation du citoyen africain), oublient bien vite les traditions (écartèlement évident entre assimilation et respect des coutumes indigènes). Ceci expliquant cela, elle est donc purement et simplement supprimée sans qu'aucune solution de substitution ne soit envisagée.

Par ailleurs, les chefs de canton percevaient des avantages de fonction constitués essentiellement par la rémunération et le versement de la pension de retraite. La rémunération se compose d'une solde, d'accessoires de solde, de diverses indemnités⁵⁴ auxquelles il convient d'ajouter les doits prévus par la coutume. La solde est fonction du grade. En premier lieu, les arrêtés prévoient pour chaque classe des émoluments annuels correspondants⁵⁵.

⁵¹ Aboulaye Amadou DIOP, « Ecole des fils des chefs de Saint-Louis du Sénégal », *Annales Africaines*, nouvelle série, décembre 2014.

⁵² Ogo SECK, « L'inversion sociale au Sénégal : l'inversion par l'éducation à travers l' 'école des fils de chefs' », Bamako, REMASJUPE, 2015, n° 1, p. 125-148.

⁵³ On raconte dans nos villages que cette école ne recevait en réalité que les esclaves ou en tout cas les personnes peu désirables qu'on voulait éloigner des villages, bien plus lorsque l'école normale ou ordinaire s'ouvre ; elle recevra difficilement les enfants des familles appelées à la noblesse. Ainsi, raconte-t-on que l'ex chef d'Etat, Houphouët-Boigny serait fils d'esclave !

⁵⁴ Le système est profondément modifié par l'arrêté 1978 du 20 mars 1957 et ses annexes qui instituent une prime de rendement. Celle-ci correspond à un pourcentage de 0 à 2,5 % du montant total des recouvrements effectués dans le canton au titre des impôts et taxes du budget local, sur rôles numériques. Ainsi, dans tel canton, le montant des émissions est de 6 700 000FCFA et le montant des recouvrements de 6 300 000 FCFA ; divers procédés de notation permettent d'attribuer au chef un taux de rendement de 2 % ; la prime sera de 2 % de 6 300 000FCFA.

⁵⁵ Ainsi, l'arrêté du 6 septembre 1922 indique que le traitement de la vingtième classe est de 1 000F, tandis que celui de la première classe est de 12 000F. Des augmentations interviennent fréquemment (1928, 1930, etc.). Puis un règlement n° 1987 APA du 20 mars 1957 assimile les chefs au cadre des commis des services administratifs, financiers et comptables (SAFC) de

A cela, viennent s'ajouter différents accessoires de solde. Ils apparaissent dans l'arrêté du 20 mars 1957 sous la forme des allocations familiales et de l'indemnité de résidence applicables aux commis des SAFC.

Ces différents avantages ne protègent malheureusement pas le chef de canton de la répression disciplinaire.

3 - De la répression disciplinaire du chef de canton ?

Les sanctions disciplinaires que peuvent encourir les chefs de canton sont : la réprimande et la suppression de solde, qui sont du ressort exclusif du commandant de cercle, le retrait temporaire d'emploi, la rétrogradation de grade ou de solde et la révocation qui sont prononcées par le gouverneur sur rapport du commandant de cercle (hiérarchie administrative vraie mais niée).

Traditionnellement, les autorités administratives ont le pouvoir d'infliger des sanctions aux agents qui ont commis des fautes dans l'exercice de leurs fonctions. Or, rien dans les textes qui réglementent les chefs de canton ne prévoit cela. La plus grande liberté est laissée au gouverneur quant au choix des sanctions à travers l'indigénat, privé qu'il est (le chef de canton) des garanties de la fonction publique. Les remises sur la perception des impôts peuvent être diminuées ou supprimées « en raison, par exemple, de la mauvaise volonté apportée par l'intéressé à faire exécuter par ses ressortissants les travaux de prestations ». Ou bien, « c'est une retenue de la solde de quinze jours pour négligence grave⁵⁶ (...) parce qu'il n'a pas cru devoir rendre compte au commandant de cercle de deux incendies survenus dans le canton⁵⁷ ». Dans les dossiers individuels, on trouve également des rétrogradations pour des faits plus graves, voire des licenciements également pour faute grave, mais aussi pour manque d'autorité.

Mais en ce qui concerne la procédure disciplinaire, on constate qu'il n'y a pas d'intervention du conseil consultatif paritaire et que la règle de la communication préalable du dossier à l'intéressé n'est pas appliquée. Là encore, la plus grande liberté est laissée au gouverneur, conseillé par le chef de circonscription. C'est d'ailleurs la question des garanties qui va être déterminante pour la fixation du statut de la chefferie par la jurisprudence administrative.

Au total, le chef de canton est reconnu uniquement dans l'intérêt de l'administration coloniale en ce sens qu'il n'a que des moyens et des devoirs mais jamais de garanties, en conséquence de l'inexistence d'un statut propre identifié (*supra*). Il est reconnu successivement dans l'intérêt de l'ordre

l'AOF du point de vue des indices. Ainsi le chef stagiaire, avec l'indice local 335, perçoit 20 824F. Toute revalorisation des indices des cadres des SAFC est automatiquement étendue et appliquée aux chefs de canton.

⁵⁶ Arrêté n° 556BP du 25 février 1927.

⁵⁷ Décision du 7 août 1936.

public (agent de police judiciaire), sous l'ange fiscal et répressif et en général au regard des obligations à assumer exclusivement dans l'intérêt de la colonisation. Cependant, l'accès au juge lui est fermé. En effet, « face à des difficultés d'ordre politique autant qu'économique, c'est au juge de trancher entre les intérêts en présence, ceux de l'Etat et ceux des collectivités. Or, il va, comme le législateur, vouloir avant tout assurer le maintien de l'ordre public dans la colonie, même au prix d'un refus de reconnaître les collectivités indigènes, dont il redoute, comme l'Etat, les potentialités. Puis, peu à peu, le juge va s'affranchir des positions de l'administration, usant de différentes stratégies pour reconnaître certaines prérogatives aux communautés indigènes⁵⁸, tout en conciliant autant que faire se peut avec les intérêts économiques de la colonisation⁵⁹ »

Or, précisément, les magistrats définissent ensuite la véritable nature de ces collectivités. Ils prennent le soin de noter qu'elles relèvent du « droit indigène civil », et qu'elles se situent donc « sur le plan entièrement distinct du plan du droit administratif français et notamment de la commune de droit français (...) ; ces collectivités, en revendiquant sur le sol des prétentions fondées sur une tenue spéciale, de nature indigène, agissent uniquement sur le plan du droit indigène ;(et) ce serait faire une confusion non seulement du droit civil et du droit administratif, mais du droit indigène et du droit français, que de prétendre soumettre ces collectivités indigènes à la loi municipale française (...) ». Ce principe affirmé rompt avec toutes les décisions précédentes⁶⁰, qui ont reconnu ou refusé des droits aux collectivités ou à leurs membres, mais par rapport aux principes du droit français. La reconnaissance de leur existence ne passe donc plus par l'application, aveugle ajoutons-nous, du droit français, même détourné. Le juge français admet désormais l'existence d'une institution par rapport aux coutumes qui la

⁵⁸ Après avoir dans un premier temps, refusé la qualité de fonctionnaires aux chefs de canton, la jurisprudence administrative les fait entrer, en 1959 dans la fonction publique. En 1947, un chef de canton ayant été élu conseiller général de la Guinée, un recours est engagé contre son élection. Il est fondé sur l'article 7, paragraphe 10 du décret du 25 octobre 1946 qui stipule que « ne peuvent être élus membres de l'Assemblée locale, pendant les six mois qui suivent la cessation de leurs fonction (...) les agents et comptables de tous ordres employés à l'assiette ; à la perception et au recouvrement des contributions directes ou indirectes ». Il est également fondé sur l'arrêté local du 26 octobre 1934 relatif au mode de rémunération des chefs participant au recouvrement des impôts, texte très proche de ceux appliqués au Sénégal. Le conseil du contentieux administratif de l'AOF, dans son arrêt du 1 er avril 1947 5 (*Penant*, 1948, 2, p. 154.) estime que « le chef de canton ne peut être considéré comme un comptable public au sens du décret susvisé » ; que « de par les règles qui président à la désignation autant que par la personnalité traditionnelle, le chef de canton est et reste une personne privée dont l'administration consacre et utilise l'autorité en vue d'une gestion des services publics locaux plus conformes à l'intérêt des populations autochtones ».

⁵⁹ JAMMALION, *op. cit.*, p. 386.

⁶⁰ CS/CA, 1995, cf. note 27 *supra*.

régissent. Et pourtant, nous l'avons dit, cette institution est une invention des administrateurs coloniaux qui la récusent pour tenter de la mettre sous le régime juridique des coutumes indigènes. On aura compris que cette pilule sera difficile à avaler par les coutumes négro-africaines, d'où son rejet.

B - Le rejet du canton colonial par le droit traditionnel

Le contexte même de la création (négation de l'homme noir), la philosophie coloniale (l'assimilation), les procédures de désignation (au mépris des coutumes indigènes), le statut inexistant et les attributions exclusivement au service d'une stratégie coloniale (les intérêts indigènes désespérément ignorés) sont les éléments de ce cocktail difficile à ingurgiter par le droit traditionnel. Mais, le plus frustrant est que cette institution d'exigence locale, survive dans le droit postcolonial, à la fois condamnée à mort par « la légion pensante » et ressuscitée par les nouveaux pouvoirs.

En effet, l'analyse contrastée de l'étendue du pouvoir royal en Afrique noire traditionnelle et de la situation du chef de canton colonial nous convaincra de son rejet. En Afrique noire, le roi, qui symbolise la société politique et reste l'intermédiaire nécessaire entre les hommes et les divinités⁶¹ (s'il n'est pas Dieu lui-même !), est au sommet de l'édifice gouvernemental. Il est l'Etat et par là, jouit d'importants pouvoirs, tant dans le domaine religieux que temporel. Lorsque les pouvoirs religieux lui sont refusés, comme en pays wolof, le roi n'en détient pas moins d'importantes attributions : arbitre suprême du pays, protection des personnes et des biens, défenseurs des populations contre les agressions extérieures, pouvoir fiscal.

Il est évident que la conception même de son pouvoir favorise tout naturellement sa puissance, au point dans certaines sociétés de la rendre absolue... et arbitraire. Ainsi retiendra-t-on aisément le droit de vie et de mort sur les sujets, attribué aux rois du Rwanda, du Dahomey et au Mogho Naba, ou cette idée qui veut qu'au Bunyoro, le souverain est le propriétaire des habitants et de leurs biens, que son pouvoir peut s'exercer à sa fantaisie sur le bétail, les femmes ou filles de ses sujets. Dans le royaume Bandja (Nzakara) de Bangassou, pratiquement immuable depuis sa fondation et découvert seulement en 1890, le roi est maître absolu des personnes et des biens. Il détient seul le droit de vie et de mort sur ses sujets. Il possède seul, en outre, l'ensemble des territoires et des gens conquis par les siens.

Effectivement, certaines sociétés ont aussi essayé de dégager la royauté des freins de toutes sortes qui pouvaient en limiter l'exercice. Chez les Ashanti, le régime n'était pas à l'origine autocratique ; un équilibre des pouvoirs s'était instauré entre l'*Asantihéné* et les *Omanhéné*, même si en

⁶¹ Nous suivons dans cette partie le professeur NENE, *op. cit.* p. 293 et s.

dernier recours *l'Asantihéné pouvait imposer sa volonté*. Mais dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, la révolution *kodjoienne* visa à accroître les pouvoirs du monarque ; substitution de représentants du pouvoir central aux princes héritiers, création d'une garde prétorienne, d'un corps de fonctionnaires. Partout enfin où s'installent les régimes théocratiques musulmans, s'accentue l'autorité monarchique.

Nulle part, cependant et sauf exception rare et généralement pour une période très courte les freins et les limites au pouvoir royal n'ont pas entièrement disparu. Dans la plupart des sociétés africaines, existent des contrepoids très efficaces à l'autorité monarchique, de principe ou de fait, qui font des monarchies africaines des monarchies tempérées ? Le rôle même que l'on assigne aux souverains et qui dépasse les préoccupations temporelles est un élément... de faiblesse tant la prétention d'incarner l'ordre cosmique est ambitieuse et grand le fossé entre la théorie et sa pratique. Surtout les sociétés politiques africaines semblent dominer par les structures sociales d'où la royauté émane et dont elles parviennent mal à se débarrasser.

Retenons qu'Afrique, le roi ou le chef a d'importantes attributions aussi bien religieuses que temporelles contrebalancées par des freins et limites de principes ou de fait qui constituent de véritables contrepoids à l'absolutisme monarchique.

A la réflexion, c'est donc plus la société indigène elle-même, aux dires de Paul N Gom⁶², que la volonté de la puissance coloniale, qui a abrogé un commandement indigène qui ne reflétait plus ses aspirations, discrédiété qu'il avait été par les « honnêtes et loyaux » services rendus à l'occupant. En effet, dans une section consacrée à la domination française et au commandement indigène, l'auteur fait une analyse de l'abolition (désacralisation) à la mise en tutelle du pouvoir politique traditionnel. Selon cet auteur, trois facteurs avaient conduit à reconstituer, au moins fictivement, l'appareil gouvernemental traditionnel : les besoins du recrutement, l'insuffisance du personnel colonial ainsi que les nécessités du recensement fiscal.

Entrevoyant déjà la contradiction entre la volonté proclamée d'établir la souveraineté française, en appliquant l'administration directe, et l'impossibilité de tout régir par les normes occidentales, celui qui avait conduit à la création du tribunal musulman à Saint-Louis en date 20 mai 1857, n'en militait pas moins par ailleurs pour le maintien des particularismes locaux en attendant de pouvoir trouver « aux anciennes dynasties indigènes des successeurs capables, connaissant quelque peu le

⁶² P. N GOM, *L'école de droit colonial et le principe du respect des coutumes indigènes en Afrique occidentale française : analyse historique d'une théorie de l'inapplicabilité du Code civil au colonisé, des origines à l'indépendance*, Thèse, UCAD, Dakar, juin 1993, p. 127-129.

pays, sa langue et ses usages, mais en touchant le moins possible à leur coutume ou à leur religion⁶³.

C'est donc dire, poursuit N Gom, que l'idée d'un respect des coutumes indigènes même en droit public, n'a pas été écartée *a priori*. Après que l'expansion française eût détruit les grandes hégémonies conquérantes des XVIII^e et XIX^e siècles, et après la politique de démantèlement des grands ensembles de souveraineté, chère à Binger, la première guerre mondiale et ses effets démographiques ainsi que l'éveil des consciences, le besoin s'était de nouveau fait sentir de réviser la conduite de la France à l'endroit du pouvoir traditionnel. Et malgré l'option officielle d'administration directe, il fut admis « qu'il était préférable de laisser évoluer les sociétés autochtones dans le plan de leur propre civilisation, sous la direction vigilante d'une puissance tutélaire attentive à les éléver progressivement vers une collaboration de plus en plus intime au fur et à mesure des progrès réalisés⁶⁴ ».

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue les objectifs poursuivis qui ne se définissaient guère en dehors de la sauvegarde des intérêts français. Il était admis que le « commandement indigène » ne devait disposer que d'une souveraineté fictive et inscrire son action, ainsi que ses moyens, dans le cadre de l'administration française, maîtresse de l'œuvre⁶⁵. C'est dans ce cadre que le commandement indigène, auquel on avait enlevé son assise territoriale jugée dangereuse pour la souveraineté française, ne devait survivre, de l'avis des mentors de la colonisation, que dans des dimensions géographiques éclatées, et donc affaiblies. C'est sous le prétexte de se conformer aux particularismes locaux que, tout en fustigeant le caractère artificiel des grands ensembles politiques précoloniaux, ces auteurs n'en pensent pas moins beaucoup de bien de la circulaire Ponty de 1909 par laquelle celui-ci aurait « rendu la main » à tous les éléments ethniques consécutifs desdits ensembles, et « proclamé l'égale valeur humaine de tous les peuples et leur droit à l'existence⁶⁶ ».

A partir de 1930, il a été jugé que la « politique des races » avait fait son temps, et qu'il fallait passer à l'étape suivante dans le contrôle du commandement indigène, dans son inféodation au pouvoir colonial. Il fut envisagé alors, après la formation d'une élite indigène assez fournie, de reverser celle-ci dans l'administration, en veillant à ne pas en faire plus que « des instruments passifs » ; il était question, selon le mot d'une apologétique d'un autre gouverneur, « de leur accorder quelques pouvoirs, leur permettre

⁶³ A. VILLARD, *Histoire du Sénégal*, Dakar, 1943, p. 127.

⁶⁴ Circulaire, BREVIE, août-septembre 1932 sur la politique et l'administration indigène en AOF, Gorée, 1935, p. 31 « Les chefs ».

⁶⁵ N GOM, *op. cit.*

⁶⁶ P. MARTY, *La politique indigène du gouverneur Ponty en AOF*, Paris, Larose 1915, p. 7.

enfin de redevenir ce que la plupart d'entre eux étaient avant notre arrivée » : des chefs, mais des chefs désormais animés de notre pensée⁶⁷ ».

L'application de cette politique, conclut N Gom, conduisit à des résultats que J. Lombard a déplorés, trouvant que « le respect des autonomies tribales, parfaitement justifié, eût cependant des conséquences néfastes, car il favorisa les tendances de l'administration française à multiplier les circonscriptions » ce qui accrut prodigieusement les tâches de contrôle, tout en atomisant les pouvoirs de cette chaîne de « roitelets ».

Leur intégration dans l'administration française du fait qu'elle leur assignait des tâches dont la justification ne se localisait ailleurs que dans la tradition ancestrale, a compromis les chefs, puis discrédiété l'aristocratie autochtone. La population indigène s'en détournait inexorablement, lorsqu'il lui apparut de plus en plus nettement qu'elle servait des intérêts étrangers, alors même que ceux-ci entraient en conflit... avec les leurs propres.

*
* *

L'étude⁶⁸ de la position du chef dans le régime colonial ne donne pas seulement à la recherche un moyen d'élucider le fait politique traditionnel. Elle permet aussi de mettre en valeur une des formes d'opposition les plus complexes à la situation coloniale. Cette dernière a déterminé en effet, un ensemble de réactions issues du groupe colonisé, qui ont varié selon les époques, selon la nature des sociétés pré-coloniales, enfin selon la forme de tutelle imposée par le colonisateur. De ce fait même⁶⁹, la situation coloniale eut des effets dynamiques et variés, à cause de la multiplicité des conflits auxquels elle donna naissance, non seulement entre groupes colonisés et colonisateurs, mais à l'intérieur même de chacun de ces groupes.

Ainsi, au sein du groupement dominant⁷⁰, les opinions sur les principes de la colonisation et sur leurs modes d'application pouvaient différer selon le niveau de la hiérarchie coloniale, auquel on se référait. Les conceptions du Parlement métropolitain n'étaient pas toujours les mêmes que celles du département ministériel chargé de les faire appliquer, ni ces dernières identiques aux vues d'une administration locale, au contact de la réalité, elle-même encore hiérarchisée. Il existait donc une certaine distorsion entre le point de vue idéologique ou doctrinal et les formes d'application d'un même régime colonial. Des contradictions pouvaient apparaître en outre dans la

⁶⁷ F. ROUGIER, « Recherche sur les fondements d'une administration indigène associée à l'effort d'organisation français » in *Revue Générale de colonisation*, 1934, 2^e trim. p. 147.

⁶⁸ J. LOMBARD, *op. cit.* p. 16-18.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

politique du colonisateur, comme ce fut le cas en particulier pour le système français, contradictions qui étaient susceptibles d'entraîner une division profonde du groupe dominant : d'une part, une idéologie fondée sur le respect d'un certain nombres de principes humanitaires et démocratiques apportés par l'occident, comme la liberté des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'hostilité à tout régime d'exploitation, d'autre part, l'importance attachée au prestige et au rayonnement national, les nécessités imposées par la situation acquise, etc.

Au sein de la société dépendante apparaissent également des oppositions entre les individus ou les groupes qui subissaient la situation coloniale ou les limites qu'elle imposait à leur statut et ceux qui y participaient ou en tiraient profit⁷¹. Aux conflits d'intérêts s'ajoutaient souvent des conflits de valeurs, mettant en opposition les défenseurs de la tradition et les réformistes, acquis à certaines conceptions héritées des cultures occidentales. Mieux même, ces conflits pouvaient naître au niveau de la personnalité, lorsqu'un même individu, par exemple, se trouvait placé devant les exigences contradictoires de deux groupements, dans lesquels il avait un rôle à assumer.

Ce fut précisément une des particularités de la position du chef traditionnel, investi par le colonisateur de fonctions administratives, d'avoir à affronter un tel conflit de rôles. Devant exécuter les ordres d'une administration européenne à laquelle il était subordonné et dont les décisions allaient souvent à l'encontre de la volonté du groupe, il ressentait plus que quiconque cette opposition d'intérêts que son comportement contradictoire reflétait et qui ne faisait que traduire l'incapacité dans laquelle il se trouvait de prendre parti, par la suite de sa double appartenance au système colonial et à la société colonisée.

Cette contradiction et ces oppositions, déterminées par la situation coloniale aussi bien au sein des sociétés mises en présence ou des groupes qui les constituaient qu'à l'intérieur même des personnalités, expliquent son aspect dynamique et la multiplicité des réactions qu'elle a pu entraîner.

Une réaction particulièrement significative est celle des groupes nouveaux s'opposant à la chefferie, liée au pouvoir colonial, parce qu'elle vise le colonisateur à travers certains représentants de la société colonisée. On peut en effet distinguer deux grandes catégories de phénomènes de réaction nés de la colonisation : ceux qui se sont orientés vers la société dépendante, qui ont agi sur ses institutions, phénomènes internes, et ceux qui ont été dirigés contre la société coloniale, phénomènes externes.

Les formes d'opposition entre jeunes générations et anciens, entre sexes, etc. ressortissent aux deux types. Une des particularités de la chefferie, conclut Lombard, est d'avoir réuni contre elle les deux formes d'opposition :

⁷¹ *Ibidem.*

Le canton colonial entre assimilation et respect des coutumes

le chef africain servant les intérêts de la société coloniale a été vue à la fois comme agent de l'administration européenne (réaction interne) et comme représentant des forces traditionnelles de la société colonisée (réaction externe). Cette double réaction s'explique par la position particulière qu'il occupe dans les deux systèmes et en fait la sauve-souris des colonies.

LE VERIFICATEUR GENERAL AU MALI : MIMETISME INSTITUTIONNEL

**Mamadou Kéïta,
enseignant-chercheur à la Faculté de droit public (FDPU) de l'Université
des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

L'histoire du vérificateur général débute en Amérique (Etats-Unis, Canada). En effet le Canada tout comme les USA sont d'anciennes colonies anglaises. Leur accession à l'indépendance a été le résultat de leur lutte contre les abus de l'exécutif en la personne du roi d'Angleterre. De là découle la résistance des anciennes colonies à la mauvaise gestion de l'exécutif qui avait très peu de contrepoids à son pouvoir. Si dans leur recherche de contrepoids (*checks and balance*), les Etats-Unis ont opté pour un régime de séparation des pouvoirs, le Canada, à l'instar « de nombreux pays du Commonwealth, s'est doté d'un régime de démocratie parlementaire de type britannique. Ce régime a été instauré lorsque « la noblesse et les classes supérieures ont décidé de contrôler et, finalement, de limiter la capacité du monarque de lever des fonds au moyen d'impôts et de les dépenser ensuite. En d'autres mots, le Parlement est devenu un instrument de contrôle du pouvoir de dépenser du roi. »¹

Dans sa quête de bonne gouvernance, le Mali a institué le bureau du vérificateur général par la loi n° 03-030 du mardi 25 août 2003. Il s'agit en l'occurrence pour les autorités d'instituer une structure indépendante pouvant servir dans la lutte contre la corruption, la mauvaise gestion et la délinquance économique et financière. Le but ultime étant de renforcer la confiance entre l'administration et le citoyen.

La mise en place de cette institution que d'aucun qualifie « d'institution anglo-saxonne »², a fait l'objet de commentaires dans les deux sens. En effet, l'institution a été reçue dans le milieu institutionnel malien avec beaucoup de circonspection. Tandis que certains questionnent l'opportunité d'instituer une structure de plus pour le travail de contrôle, d'autres se posent la question de savoir comment concilier le bureau du vérificateur général et les autres

¹ *La vérification de gestion au bureau du vérificateur général du Canada : au-delà des chiffres, études générales*. Publication n° 2011-71-F. Le 30 juin 2011.

² Breton.

structures de contrôle des services publiques, les contrôles internes et externes.

Malgré l'importance de ces questionnements, « et dans une perspective d'analyse des institutions, nous trouvons que le vérificateur général soulève une problématique qui va au-delà des inquiétudes, somme toute légitime des uns et des autres, et touche plutôt à la question centrale du contrôle de l'exécutif, par le législatif, par le biais d'une structure indépendante.

En d'autres termes, est-il possible de transposer une institution d'un régime parlementaire ou le principe de séparation des pouvoirs est acquis, dans un régime politique africain à relent présidentiel ? Nous tenterons d'apporter un début de réponse aux questions posées à travers une étude comparative dans le cadre des régimes parlementaires et présidentielles. Pour ce faire, nous prendrons appui sur l'origine ou les origines de l'institution « vérificateur général ».

Dans son discours d'introduction du vérificateur général, le président de la République Amadou Toumani Touré a clairement établi l'origine du vérificateur général malien. En l'occurrence, le président de la République a reconnu qu'il a emprunté l'idée de vérificateur général au Canada qui connaît cette institution depuis 1870³. Sans prétendre engager une étude historique du Canada, il est nécessaire de faire un parcours de l'histoire du vérificateur général pour apporter plus de clarté à notre entreprise d'étude comparé.

I - Cadre d'analyse du vérificateur général canadien

Ici nous aborderons le vérificateur général dans ses relations avec le Parlement (**A**) avant d'étudier ses relations avec l'exécutif (**B**).

A - Le vérificateur général dans ses relations avec le Parlement

Comme un certain nombre de pays du Commonwealth britannique, le BVG est depuis longtemps au service du Parlement et des Canadiens. En 1878, John Lorn McDougall, ancien député fédéral, devient le premier vérificateur général indépendant du Canada. Jusque-là, cette fonction était assumée par un administrateur gouvernemental, le sous-ministre des Finances. Le vérificateur général de l'époque avait deux fonctions principales : examiner les opérations exécutées et présenter un rapport à leur sujet, et approuver ou refuser les paiements du gouvernement.

Les rapports annuels du vérificateur général à la Chambre des communes étaient alors très volumineux, comptant parfois 2 400 pages, et les moindres opérations du gouvernement y étaient répertoriées, de l'achat de lacets de

³ *Idem.*

chaussures aux contrats de construction de ponts⁴. Ces rapports détaillés montrent l'évolution du travail du bureau du vérificateur général depuis. Cette façon de faire se rapprochait davantage de la comptabilité, voire de ce que certains qualifient avec mépris de « comptabilité à la petite semaine ». Mais à la fin du XIX^e siècle comme aujourd'hui, on s'attendait à ce que le vérificateur général dise si les fonds publics étaient dépensés aux fins prévues par le Parlement.

En 1931, le Parlement confie au contrôleur du trésor, dont il vient de créer le poste, la responsabilité de l'approbation et du rejet de l'émission des chèques. Cette décision permet de délimiter clairement les fonctions de l'administration fédérale et celles du vérificateur. L'administration fédérale était chargée de percevoir et d'affecter les fonds publics, tandis que le vérificateur devait examiner la gestion de ces fonds et en rendre compte. En 1943, la responsabilité de la compilation annuelle des comptes publics du Canada, qui rendent compte des états financiers consolidés du gouvernement, passe du bureau du vérificateur général au contrôleur du trésor.⁵

Dans son travail, le bureau a continué de s'éloigner de ce qui était normalement examinée dans le contexte des vérifications des états financiers dans les années 1950 lorsque le vérificateur général, notamment Maxwell Henderson, a entrepris de dresser des rapports sur les « paiements improductifs ». Ces paiements, quoique légaux, ne procuraient aucun avantage apparent aux Canadiens. Toutefois, ces rapports étaient controversés, les administrateurs gouvernementaux estimant que le vérificateur général formulait des commentaires sur la politique du gouvernement et qu'il outrepassait donc son mandat.⁶

Le changement le plus important dans l'histoire du bureau vérificateur général est probablement intervenu sous le mandat du vérificateur général James J. McDonnell. Dans son rapport annuel de 1976, ce dernier écrivait : « je m'inquiète sérieusement du fait que le Parlement –et, en réalité, le gouvernement– ne contrôle plus de façon efficace l'utilisation des deniers publics, ou semble près de perdre ce contrôle.⁷ » ce rapport a mené à la mise sur pied de la commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité, appelée la commission Lambert.

Lorsque M. McDonnell a préconisé des modifications de la loi sur le vérificateur général afin d'élargir le mandat du BVG, de hauts fonctionnaires,

⁴ John GRAY, "Auditing the auditor general", *The walrus*, décembre 2010, p. 31.

⁵ Sharon L. SUTHERLAND, The office of the auditor general of Canada-government in exile?, Université queen's, School of policy studies, document de travail 31, septembre 2002, p. 10.

⁶ BVG, *Un peu d'histoire*, paragr. .5. Depuis l'époque de John Iorn McDougall, les vérificateurs généraux ont fait des commentaires similaires sur l'utilisation des fonds publics.

⁷ Cité dans GRAY (2010), p.32 [traduction tirée de BVG, 1987 *Rapport du vérificateur général du Canada*, chap. 1 : « Questions d'une importance et d'un intérêt particuliers », paragr. 1.9].

des observateurs de la politique publique et des hommes et femmes politiques à Ottawa ont pensé que le bureau du vérificateur général s’immisçait dans le domaine politique. Cependant, après des discussions entre le bureau du vérificateur général et le gouvernement, des modifications à cette loi ont été promulguées le 1^{er} août 1977⁸. La loi sur le vérificateur général modifiée clarifiait et élargissait les responsabilités du vérificateur général qui, en plus de donner un avis sur les états financiers, devait aussi examiner comment le gouvernement gérait ses affaires, c'est-à-dire voir s'il optimisait l'utilisation de ses ressources.

Avec cet ajout de la vérification de l'optimisation des ressources, le vérificateur général pouvait vérifier « tout sujet qui, à son avis, est important⁹ » et en faire rapport au Parlement. La modification principale apportée à la loi était sans nul doute le paragraphe 7(2) autorisant le vérificateur général à étudier la situation pour voir si « des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficience » et si des procédures satisfaisantes n'ont pas été établies pour mesurer et faire rapport sur l'efficacité des programmes dans les cas où elles peuvent convenablement et raisonnablement être mise en œuvre. Ce paragraphe laisse une grande latitude au bureau du vérificateur général dans le choix des sujets de vérification, des aspects d'un programme, d'une activité ou d'un secteur particulier du gouvernement à examiner et des modalités de son travail.

La vérification pour le compte des Assemblées législatives, appelée vérification législative, fournit aux législateurs une information objective, des conseils et une assurance qui les aident à examiner soigneusement les dépenses publiques et le rendement du gouvernement. Forts de ces rapports indépendants, les législateurs sont plus en mesure de poser un regard critique sur les actions du gouvernement ou de les remettre en question¹⁰.

Les rapports du bureau vérificateur général désignent les secteurs du gouvernement qui requièrent une attention particulière, comme la technologie de l'information, les ressources humaines et la gestion financière, et/ou attirent l'attention sur des programmes ou des activités en particulier. Ils soulignent les pratiques exemplaires et/ou les problèmes et leurs causes dans la gestion d'une organisation, et ils recommandent des mesures à des fins d'amélioration. Outre les témoignages du bureau au cours d'audiences des comités parlementaires, les vérifications aident le Parlement à remplir son rôle pour ce qui est de demander des comptes au gouvernement sur les résultats qu'il obtient avec l'argent des contribuables. En exerçant des fonctions distinctes et en travaillant ensemble efficacement, le Parlement, le cabinet, le

⁸ Sonja SINCLAIR, *Cordial but not cosy: A History of the office of the auditor general*, Toronto, McClelland and Stewart, 1979, p. 124.

⁹ Loi sur le vérificateur général, L.R.C. ; 1979, ch. A-17, par. 7(2).

¹⁰ Bureau du vérificateur général du Canada [BVG], vérification législative.

gouvernement et le bureau vérificateur général contribuent, au nom des Canadiens, au maintien de la bonne gestion des institutions publiques et de la responsabilité gouvernementale¹¹.

Le bureau du vérificateur général soumet à des vérifications les ministères et organismes fédéraux, la plupart des sociétés d'Etat fédérales et d'autres entités fédérales, ainsi que les gouvernements des trois territoires : Nunavut, Territoires du Nord-Ouest et Yukon. A titre de haut fonctionnaire du Parlement¹², le vérificateur général porte à l'attention de ce dernier les questions qu'il juge importantes et dignes d'intérêt. Les pouvoirs et responsabilités du vérificateur général sont en grande partie définis dans deux lois : la loi sur le vérificateur général (LVG) et la loi sur la gestion des finances publiques (LGFP).

B - Le vérificateur dans ses rapports avec l'exécutif

A titre de haut fonctionnaire indépendant du Parlement, le bureau du vérificateur général relève directement de ce dernier, sans avoir à passer par un ministre, ce qui a des conséquences pour les modalités de dépôt des rapports et de financement du bureau et pour l'application de la politique gouvernementale au bureau du vérificateur général. Afin de préserver sa crédibilité en tant que vérificateur législatif, le bureau du vérificateur général doit rester objectif et indépendant des programmes, activités et secteurs des entités qu'il vérifie, autrement dit du gouvernement et de ses initiatives¹³.

Comme certains de ses rapports critiquent les opérations du gouvernement, le bureau du vérificateur général estime que les décisions relatives à son financement ne devraient pas être laissées à la seule prérogative du gouvernement. Selon lui, pour que le bureau du vérificateur général soit vraiment indépendant, il ne faut que son financement dépende du gouvernement. A l'heure actuelle, le BVG négocie son budget avec des représentants du secrétariat du conseil du trésor (SCT) du Canada. Tout en se déclarant satisfait de son niveau de financement, il a proposé d'en modifier les modalités de manière à exclure toute pression indue du gouvernement exercée par l'intermédiaire du SCT.

Comme il s'intéresse régulièrement à lui à l'occasion de ses travaux de vérification, le bureau du vérificateur général estime qu'il ne convient pas que le SCT décide de son niveau de financement. Selon lui, le mécanisme de

¹¹ BVG, *Budget des dépenses 2009-2010-rapport sur le rendement*, Ottawa, septembre 2010, p. 1.

¹² On trouvera une brève description des hauts fonctionnaires du Parlement dans Élise HURTUBISE-LORANGER et James R. ROBERTSON, nomination des hauts fonctionnaires du Parlement, publication n°2009-21-F, Ottawa, service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 13 décembre 2010.

¹³ BVG, *Servir le parlement au fil d'une décennie de changement*, p. 5 et 6.

financement doit être déterminé de manière objective, en excluant toute possibilité d'influence excessive, réelle ou perçue. Parallèlement, ce mécanisme doit se prêter à un examen critique efficace du niveau de financement et du rendement du bureau, afin de garantir la reddition de comptes au parlement.

Enfin, si le vérificateur veut rester indépendant et objectif dans l'exercice de ses fonctions, il doit être en mesure de considérer tous les faits et renseignements pertinents avant de tirer des conclusions et de formuler des recommandations dans ses vérifications et en faire rapport. Le vérificateur soutient que tout obstacle à l'accès à l'information menace son indépendance et sa capacité de servir le Parlement. Il est arrivé que des fonctionnaires des ministères refusent au BVG l'accès à des documents qu'il réclamait. Depuis le gouvernement a élaboré un protocole qui guide les administrateurs généraux dans le règlement de la question de l'accès¹⁴.

Le vérificateur ne vérifie pas la politique gouvernementale ni les résultats des programmes ou des organisations. En fait, il évalue la gestion de ces programmes ou de ces organisations par rapport à des critères communiqués aux organisations au début la vérification. De manière générale, il vérifie les programmes, activités ou secteurs qui présentent un plus grand risque pour les organismes, ceux qui sont susceptibles d'améliorer les résultats du gouvernement ou les secteurs présentant un grand intérêt pour les parlementaires ou d'autres Canadiens. Un processus complexe guide le BVG et les organisations au cours d'une vérification de gestion, et il aide à éviter les malentendus.

II - Cadre d'analyse du vérificateur général au Mali

Dans cette partie nous analyserons le vérificateur dans ses rapports avec le Parlement (**A**) avant d'entamer ses rapports avec l'exécutif (**B**).

A - Le vérificateur général dans ses rapports avec le Parlement

Le contrôle interne est effectué par des agents appartenant à l'administration active. On peut le définir comme étant l'ensemble des mesures contribuant à une gestion saine, transparente et efficace des ressources de l'Etat allouées aux services ou organismes publics et parapublics. Aussi ce contrôle interne est conduit par des contrôleurs faisant partie de l'administration active elle-même et sur laquelle ils exercent un contrôle. Les contrôleurs assurent le contrôle des deniers publics alloués aux circonscriptions administratives et aux services ou organismes publics. De même le contrôle interne comprend l'ensemble des systèmes de contrôle

¹⁴ *Idem.*

financier et administratif mis en place par l'Etat afin de pouvoir protéger ses biens. Il est exercé par le contrôle général des services publics et les différentes inspections ministérielles, notamment l'inspection des finances. Ces organes constituent un appui pour le vérificateur général dans la réussite de ses missions.

Dans la plupart des Etats, le Parlement, en tant que représentant de la volonté générale, aura naturellement le pouvoir de contrôler l'activité de l'administration par l'exercice de compétences appropriées : vote du budget de l'Etat, interventions individuelles des parlementaires, questions écrites aux ministres, contrôle des commissions des Assemblées, désignation d'inspection ou d'enquête, etc.¹⁵

Les députés ou conseillers nationaux dans leurs circonscriptions pourront, de manière plus ou moins régulière, plus ou moins systématique selon les Etats, intervenir pour observer l'action de l'administration et influer sur la rapidité ou la régularité de cette action. A ces missions, ajoutons le vote de la loi de règlement qui est l'une des plus importantes dans la mesure où elle permet à l'Assemblée nationale de contrôler l'exécution du budget après chaque exercice.

La loi de règlement est la dernière loi de finances d'une année. Le projet de loi est préparé par la direction nationale du budget du ministère des Finances à partir des comptes définitifs des ministères dépensiers. Les comptes définitifs sont établis par des directions des finances et des matérielles (DFM) et visés par le contrôleur financier. Le compte définitif rapproche le montant des crédits ouverts, des résultats des dépenses, des imputés sur eux. Il comprend un tableau chronologique par catégorie de dépenses, des ouvertures et des annulations de crédits et ensuite une situation des dépenses engagées dans un second tableau faisant apparaître soit les crédits inutilisés (3^e tableau) qui vont être annulés soit les dépassements de crédits qui devront être régularisés par la loi de règlement par des ouvertures de crédits équivalents. Ce projet de loi doit être déposé au bureau de l'Assemblée nationale et discuté plus tard le 31 décembre de l'année qui suit celle de l'exécution du budget.¹⁶

La loi de règlement établit le compte de résultats de l'année après avoir vérifié les prévisions et l'exécution effective du budget. Cette loi présente théoriquement une grande importance puisqu'elle permet à l'Assemblée nationale d'apprécier l'usage que le gouvernement et les administrations ont fait des autorisations budgétaires qui leur avaient été données. C'est pour elle une occasion de critiquer l'exécution administrative des crédits et de

¹⁵ Mémoire de Master 2 : Djibril SANGARE, Université Paris ouest-la-Défense-Nanterre 2013-2014 p. 30.

¹⁶ *Idem.*

demander au gouvernement des explications sur les dépassements de crédits qui nécessitent le vote d'une loi rectificative. C'est aussi un moyen pour elle de s'informer sur la gestion des finances publiques en cours d'année.

L'Assemblée nationale peut effectuer son contrôle par l'intermédiaire des commissions parlementaires d'enquête notamment par sa commission des finances. Cette commission reçoit les rapports annuels contenant les observations faites par les contrôleurs financiers. Grâce à ce pouvoir, l'Assemblée nationale peut être d'un appui inestimable pour le vérificateur général. Mais force est de reconnaître qu'il y a beaucoup de difficultés dans le travail de l'Assemblée nationale, dû tantôt à la défaillance technique de la commission des finances, tantôt à la mauvaise collaboration des autres structures intervenant dans la préparation de la loi de règlement (les départements ministériels, la section des comptes de la Cour suprême). Le retard de trois ans dans le vote de la loi de règlement atteste cet état de fait. En effet jusqu'à présent la loi de règlement de 2012 n'est pas votée. Ce qui veut dire que l'exécution du budget de ladite année n'est pas définitivement clôturée.

Cette défaillance de l'Assemblée Nationale peut affecter les missions du vérificateur général.

B - Les rapports du vérificateur général avec l'exécutif

Au Mali, les organes de contrôle relèvent très généralement de l'exécutif qui commande directement ou indirectement leur fonctionnement. Cette interférence des autorités politiques compromet sérieusement l'indépendance de nos organes de contrôle d'où l'inefficacité de leur action. Cependant la nécessité d'instaurer un système de contrôle indépendant semble motivée l'institution du vérificateur général. L'organe de contrôle doit être associé de façon étroite et permanente à la détermination des orientations générales de la politique de la nation.

Instrument au service de la gestion d'un Etat sinon de la conduite d'une politique, il est largement tributaire des choix idéologiques qui déterminent le régime politique au sein duquel il s'exerce, c'est-à-dire le statut du pouvoir, les rapports entre les pouvoirs et les modalités de leur exercice. La finalité pragmatique du contrôle résulte de la place qui lui est imparte dans le système politique. En effet la portée et la signification de la fonction de contrôle ne peuvent alors qu'avoir une valeur relative.

Les principaux systèmes de contrôle procèdent des solutions qui ont été retenues à partir des options théoriques qui sont offertes aux différents Etats. A cet égard, aucun appareil de contrôle ne peut être considéré comme étant parfaitement neutre. Nombreuses sont les influences qui en orientent le contenu et la portée, car il est largement déterminé par la société au sein de

laquelle il s'insère. Il lui est plus aisé d'être l'instrument d'une politique que d'en être le censeur.

Le contrôle doit-il être indépendant et autonome non pas tant de l'exécutif en tant que tel mais du pouvoir politique dans une acception globale ? L'opportunité d'une indépendance sera en fait proportionnelle au degré de centralisation du pouvoir et à l'étendue des risques d'arbitraire que le statut juridique des pouvoirs fera peser sur le fonctionnement démocratique de l'Etat. Par ailleurs on peut estimer que l'indépendance de l'organe de contrôle à l'égard du pouvoir législatif est moins importante que son indépendance à l'égard de l'exécutif, car l'organe législatif peut avoir à utiliser le contrôle pour contrebalancer l'importance de l'intervention de l'exécutif.

Au Mali, les organes de contrôle relèvent très généralement de l'exécutif qui commande directement ou indirectement leur fonctionnement. Cette interférence des autorités politiques compromet sérieusement l'indépendance de nos organes de contrôle, d'où l'inefficacité de leur action. Cependant la nécessité d'instaurer un système de contrôle indépendant semble motiver l'institution du vérificateur général. Selon l'article 1^{er} de la loi n° 03-030 du 25 août 2003 abrogé et remplacé par la loi n° 2012-009 du 8 février 2012 : « il est institué un vérificateur général, autorité indépendante chargée de la vérificateur général » malgré la clarté de la loi, des doutes planent sur l'indépendance réelle du vérificateur général dans la pratique. En effet de par des procédures de sa nomination¹⁷, le vérificateur général se trouve sous l'influence du président de la République.

Il fallait plutôt faire en sorte qu'il dépende de l'Assemblée nationale comme celui du Canada dont le Mali s'est inspiré. Le rapprochement avec la présidence porte gravement atteinte à l'indépendance du vérificateur général. De plus l'article 5 de la loi précitée dit que le vérificateur général peut être démis de ses fonctions en cas de « faute grave » constatée par la Cour suprême saisie à cet effet par le président de la République, sans que le contenu de la faute grave ne soit déterminé. Ce flou de la loi met le vérificateur général à la merci du chef de l'Etat. Cette épée de Damoclès au-dessus de la tête du vérificateur l'oblige à se soumettre aux injonctions du président de la République.

*
* *

Selon sa thèse consacrée au contrôle de l'administration au Sénégal, Mamadou Diop écrivait en 1970 que : « dans chaque système politique et

¹⁷ Décret n° 03-553 / P-RM du 30 décembre 2003 déterminant les conditions et les modalités de recrutement du vérificateur général et du vérificateur général adjoint en annexe III.

administratif, le contrôle existe. Mais différentes influences s'exercent sur lui pour en déterminer les formes. Interviennent à la fois les traditions du pays, l'Etat de la conscience politique et le jeu des principales forces politiques : partis politiques, groupes d'intérêt, presse, opinion publique, etc. ».¹⁸ L'auteur ajoutait que, dans des pays sous-développés tels que ceux que l'on rencontre sur le continent africain : « le contrôle y est particulièrement nécessaire en raison des déficiences de l'administration, mais il y est extrêmement difficile du fait de la persistance de certaines structures mentales archaïques du sous-équipement administratif, du faible développement des moyens d'information et de l'insuffisance des cadres qualifiés.

Le bureau vérificateur général dans ses objectifs est une structure pertinente et nécessaire car elle peut réellement contribuer à la bonne gouvernance et à la préservation des deniers publics. Depuis quelques années, certaines de ses interventions ou de ses rapports ont engendré des polémiques au Mali. Il n'y a pas de relation de subordination entre le bureau du vérificateur général et les autres structures de contrôle, simplement parce qu'une autorité administrative indépendante ne peut pas être le supérieur hiérarchique des structures qui ne sont pas indépendantes. Cela va créer des doutes et une confusion sur l'autonomie réelle du vérificateur général. Les relations entre le vérificateur et les autres structures de contrôle sont fonctionnelles¹⁹. Concrètement, les structures de contrôle envoient au vérificateur général leurs programmes, leurs rapports de vérification, de contrôle et d'inspection, ce qui présente l'avantage de favoriser la complémentarité; le vérificateur général peut, sous sa responsabilité, par voie de contrat, confier des missions de vérification aux autres structures de contrôle administratif, à des cabinets privés ou à des experts , ce qui permet de tirer le meilleur avantage et de valoriser les expertises déjà disponibles²⁰.

Les rapports entre le vérificateur général et les autres structures de contrôle ne sont pas toujours fonctionnels. Dans la pratique, ils peuvent être émaillés de conflits de compétence, quand on sait que les missions de certaines structures de contrôle préexistantes sont incluses dans celles dévolues au vérificateur général. C'est le cas par exemple du contrôle général des services publics. En effet, l'article 2 de l'ordonnance n° 00-051/PRM du 27 septembre 2000 déterminant les missions des services publics est repris par l'article 2 de la loi n° 2012 du 8 février 2012 abrogeant et remplaçant la loi n° 03-30 du 25 août 2003 instituant le vérificateur général au Mali.

Ne disposant pas d'une autonomie financière et administrative pour faire face à ses missions comme le bureau vérificateur général, le contrôle général

¹⁸ Mamadou DIOP, *Contrôle de l'Administration*, thèse, Dakar 1970, p. 420.

¹⁹ Article 23 alinéa 1^{er}.

²⁰ Article 23 alinéa 3.

des services publics se trouve à la merci du pouvoir exécutif. Toutes ses missions d'investigations ou d'enquêtes s'effectuent sur instruction du premier ministre ou après son approbation²¹. Les rapports sont adressés au Président de la République et au premier ministre qui sont libres de prendre les mesures qui s'imposent. Ce qui pose donc le problème de l'efficacité du contrôle général des services publics. Avec la mise en place du vérificateur général, le contrôle général des services publics est appelé à disparaître. Surtout quand on sait que les missions qui sont dévolues sont prises en compte par l'article 2 de la loi n° 03-030 du 25 août 2003 portant institution du vérificateur général.

Le Mali compte aujourd'hui neuf inspections de contrôle ministériel à savoir : l'inspection des finances, l'inspection de l'intérieur, l'inspection de la santé, l'inspection des domaines et des affaires foncières, l'inspection des services judiciaires, l'inspection générale des armées, l'inspection des services diplomatiques et consulaires, l'inspection de la sécurité, l'inspection des affaires sociales. Ces inspections sont dirigées chacune par un inspecteur en chef et un inspecteur en chef adjoint qui coordonnent et animent les activités. Elles ont pour mission de contrôler le fonctionnement et l'action des services et organismes qui concourent à la mise en œuvre des politiques des différents départements ministériels, d'examiner la régularité, l'efficacité de ces services et organismes, tant au point de vue administratif que financier, comptable ou même économique.

Les inspections de par leur position dans l'administration (organe de contrôle administratif de proximité) peuvent jouer un grand rôle dans l'assainissement des finances publiques. De ce fait, les rapports qu'elles produisent vont intéresser à plus d'un titre le bureau du vérificateur général. Mais malheureusement on constate que ces inspections ne bénéficient pas des moyens humains, matériels et financiers nécessaires pour l'accomplissement de leurs missions. Elles dépendent en outre des départements ministériels qu'elles contrôlent et dont elles relèvent. Cette dépendance constitue un handicap majeur les empêchant d'atteindre les résultats escomptés.

Selon l'article 82 de la loi n° 88-39/AN-RM du 16 décembre 1988 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle. Les structures de contrôles externe telle que la section des comptes de la Cour suprême, exercent les contrôles soit de sa propre initiative, soit à la demande du président de la République, du premier ministre ou du président de l'Assemblée nationale. Au regard de cet article, l'on constate une réciprocité dans les rapports entre le vérificateur général et la section des comptes de la Cour suprême. Les comptes du vérificateur général sont soumis au contrôle de la section des comptes de la Cour suprême

²¹ Article 11 de l'ordonnance n° 00-051/PRM du 27 septembre 2000.

et en revanche, la section des comptes est soumise aux vérifications du vérificateur général. C'est-à-dire que la section des comptes de la Cour suprême contrôle la régularité des opérations de dépenses effectuées par le vérificateur général sur ses comptes et le vérificateur général à son tour exerce un contrôle de régularité et de performance sur la section des comptes de la Cour suprême.

Ainsi l'Assemblée nationale peut effectuer son contrôle par l'intermédiaire des commissions parlementaires d'enquête notamment par sa commission des finances. Cette commission reçoit les rapports annuels contenant les observations faites par les contrôleurs financiers. Grâce à ce pouvoir, l'Assemblée nationale peut être d'un appui inestimable pour le vérificateur général. Mais force est de reconnaître qu'il y a beaucoup de difficultés dans le travail de l'Assemblée nationale, dues tantôt à la défaillance technique de la commission des finances, tantôt à la mauvaise collaboration des autres structures intervenant dans la préparation de la loi de règlement. Cette défaillance de l'Assemblée nationale peut affecter les missions du vérificateur général.

Eu égard à tout ce qui précède, il apparaît important de noter que l'une des priorités pour assurer une bonne gestion des ressources publiques, c'est d'instaurer un bon système de contrôle dont le fonctionnement ne doit être entravé par aucune volonté quelconque ; aussi il est évident que les services de contrôle existants, bien que démunis, jouent un rôle assez important dans la gestion des ressources publiques.

Si l'institution du vérificateur général apparaît comme un terme d'alternative pour assainir les finances de l'Etat, l'harmonisation de l'arsenal de contrôle existant, afin d'éviter tout conflit de compétence, s'avère nécessaire. La mission du vérificateur général doit être régulièrement exercée car le contrôle peut être un facteur de progrès s'il permet des investigations plus poussées, mais surtout s'il est assorti de suites effectives. Il est aussi souhaitable que les différents inspecteurs, contrôleurs, conseillers ou vérificateurs contribuent à la formation des comptables publics, voire des services ou organismes publics dans le domaine de la gestion des deniers publics.

Pour préserver sa crédibilité et parvenir à des conclusions objectives, le BVG doit demeurer objectif et indépendant des organisations ou des programmes, activités et secteurs des organisations qu'il vérifie. En somme, il doit être indépendant du gouvernement. Il est possible, en un sens, d'être objectif et indépendant en ayant accès à tous les faits et renseignements pertinents, en disposant d'un mécanisme de financement objectif qui écarte toute influence réelle ou perçue des organisations gouvernementales ou du gouvernement, en étayant ses rapports avec des éléments probants suffisants et appropriés et en commentant la gestion de programmes conçus pour

atteindre les objectifs du gouvernement, plutôt que les politiques gouvernementales ou les résultats obtenus par les programmes gouvernementaux.

Les autorités administratives doivent mettre en œuvre les conditions nécessaires pour le bon déroulement des différentes vérifications, en contribuant notamment à une bonne conservation des archives. Elles doivent faire en sorte également que les recommandations faites par les vérificateurs ou les contrôleurs soient prises en compte et suivies d'effet.

En effet, un accent particulier doit être mis sur la fonction du contrôle de qualité et d'évaluation des politiques publiques du vérificateur général. Les différentes inspections doivent être mieux outillées pour exercer un contrôle interne efficace, toute chose qui facilitera le contrôle externe exercé par le vérificateur général. Aussi, l'harmonisation et le renforcement des différentes structures de contrôle doivent être accompagnés par un assainissement de la justice malienne étant donné que les rapports du vérificateur général constatant les infractions doivent être examinés par la justice.

En somme, la lutte efficace et durable contre la corruption doit être à la fois préventive et répressive pour le bonheur des citoyens.

BIBLIOGRAPHIE

- BRETON Jean-Marie, *Le contrôle d'Etat sur le continent africain*, Nouvelles Editions Africaines, 1978.
- Bureau du vérificateur général du Canada [BVG], *Vérification législative*.
- BVG, *Budget des dépenses 2009-2010-rapport sur le rendement*, Ottawa, septembre 2010, p. 1.
- BVG, *Un peu d'histoire*, paragr. 5.
- BVG, *Servir le Parlement au fil d'une décennie de changement*.
- Décret n° 03-553 / P-RM du 30 décembre 2003 déterminant les conditions et les modalités de recrutement du vérificateur général et du vérificateur général adjoint en annexe.
- DIAKITE Seydou, *Le vérificateur général et l'assainissement de la vie publique*, FSJE, promotion 2000-2004.
- DIOP Mamadou, *Contrôle de l'Administration*, thèse, Dakar 1970, p. 420.
- GUINDO Belco et Abdoulaye DIAMOUTENE, *Le rôle du Bureau du vérificateur général*, FSJP, promotion 2004-2008.
- GUINDO Belco et Abdoulaye DIAMOUTENE, *Le rôle du Bureau du vérificateur général*, FSJP, promotion 2004-2008.
- GUINDO Belco et Abdoulaye DIAMOUTENE, *Le rôle du Bureau du vérificateur général*, FSJP, promotion 2004-2008.
- GRAY John, “Auditing the auditor general”, the walrus, décembre 2010, p. 31.
- *Guide de suivi des recommandations*.
- *Guide de rédaction des rapports de vérification*.
- HURTUBISE-LORANGER Élise et James R. ROBERTSON, *Nomination des hauts fonctionnaires du Parlement*, publication n° 2009-21-F, Ottawa, service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 13 décembre 2010.
- Loi sur le vérificateur général, L.R.C. ; 1979, ch. A-17, par. 7(2).
- Loi n° 88-39/AN-RM du 16 décembre 1988 fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.
- Loi n° 00-051/P-RM du 27 septembre 2000 portant création du contrôle général des services publics.
- Loi n° 03-030/AN-RM du 12 août 2003 instituant le vérificateur général.
- Loi n° 2012-009 du 8 février 2012, abrogeant et remplaçant la loi n°03-030/AN-RM du 12 août 2003.
- *Manuel de procédures administratives, comptables et financières*.
- *Manuels et guides de vérification financière*.
- *Manuel et guide de vérification de performance*.
- *Rapports sectoriels de vérification, rapports publics annuels, Etudes transversales*.

- SANDEVOIR Pierre, *Le contrôle de l'action administrative*, Centre National de la fonction publique territoriale, 1985.
- SANGARE Djibril, Le vérificateur général du Mali, Université Paris-ouest-La Défense-Nanterre, promotion 2013-2014.
- SINCLAIR Sonja, *Cordial But not cosy: A History of the office of the auditor general*, Toronto, McClelland and Stewart, 1979, p. 124.
- SUTHERLAND Sharon L., The office of the auditor general of Canada-government in exile? Université queen's, School of policy studies, document de travail 31, septembre 2002, p. 10.
- *La vérification de gestion au Bureau du vérificateur général du Canada : au-delà des chiffres*, Etudes générales. Publication n° 2011-71-F. Le 30 juin 2011.

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE A L'EPREUVE DE LA PARTICIPATION ELECTORALE INTERNATIONALE EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Agnéro Privat Mel,
enseignant-chercheur à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké

« *La justice constitutionnelle est fragile et vulnérable* », G. Conac¹.

La délicatesse de la justice constitutionnelle, en Afrique francophone, est de façon récurrente mise en évidence à l'occasion des joutes électorales, notamment l'élection présidentielle. Le constat est établi que les conflits que celles-ci génèrent ont presque toujours un lien avec celle-là. L'attention ainsi portée à la justice constitutionnelle interpelle son rapport au constitutionnalisme.

Il y a de cela un quart de siècle, le renouveau du constitutionnalisme en Afrique francophone avait envisagé la dualité –justice constitutionnelle et élections– comme son *starting-blocks*. Aujourd'hui encore malheureusement, à chaque fois qu'il se reconstitue, ce couple se singularise par son caractère explosif. Il s'en suit des faits de violence inouïe qui emportent vies humaines et biens matériels. Des données factuelles qui disqualifient la justice constitutionnelle. Aussi n'est-il pas rare que les réflexions réparatrices ou reconstructives s'y rapportant, envisagent parfois, entre autres solutions, la participation de personnes tierces, d'ordre international en l'occurrence, au processus électoral. Il importe, d'ores et déjà, de tenter de cerner chaque élément de ce triptyque : justice constitutionnelle –élections– participation internationale.

« La justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme » a pu dire le professeur Holo², dans la même perspective que le professeur Fromont³. Ces auteurs relevaient avec pertinence, l'équation entre la justice constitutionnelle et le constitutionnalisme ; leurs liens étant nécessairement, fortement étroits. Dans cette optique, le redéploiement des ailes du

¹ Gérard CONAC, « Le juge constitutionnel en Afrique. Censeur ou pédagogue ? » in CONAC Gérard, (sous la dir. de), *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome II, *La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p. VII.

² Voir Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, Avril 2009, p. 101-114.

³ Michel FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 5.

constitutionnalisme africain francophone –« le troisième cycle »⁴– donne à cette équation une réalité axiomatique. C'est dire que la conceptualisation de la justice constitutionnelle s'est construite en rapport avec le constitutionnalisme ; ce « phénomène constitutionnel en mouvement dans un environnement constitutionnel »⁵ ainsi que le décrivait le professeur Kamto. Le constitutionnalisme se présente comme un mouvement d'idées, qui a pris naissance au siècle des lumières, dans la lutte contre l'absolutisme du pouvoir, dont l'exercice doit être modéré à travers un système de « freins et de contrepoids ». Ce mouvement est à l'origine des Constitutions écrites. Il s'appuie donc principalement sur le respect du texte constitutionnel écrit, mais intègre la jurisprudence constitutionnelle ainsi que la pratique politico-institutionnelle. Le constitutionnalisme implique dès lors une garantie juridictionnelle⁶ : la justice constitutionnelle.

Cette notion peut être saisie de deux manières : l'une normative et l'autre organique. D'un point de vue normatif, la justice constitutionnelle se rapporte à l'application de règles constitutionnelles à un litige par le juge. Ici, l'accent est porté sur la nature des normes dont le respect est vérifié et assuré par un juge. Le rapport du contrôle entrepris par le juge au droit constitutionnel est essentiel dans cette approche. L'application par le juge de règles de droit constitutionnel donne à cette activité juridictionnelle son caractère de justice constitutionnelle. L'objet de l'intervention du juge est ainsi mieux perceptible, c'est-à-dire veiller à la suprématie de la Constitution. Celle-ci, selon Kelsen, trônant au-dessus d'une hiérarchie normative, son respect par les normes inférieures en est induit⁷. Dans une approche organique, l'attention est portée aux organes qui rendent la justice constitutionnelle. Cela veut dire que tout organe juridictionnel, qui exerce l'activité de justice constitutionnelle, se voit dénommer « juge constitutionnel ». Cette perception dénote l'exercice diffus de la justice constitutionnelle telle qu'adoptée primordialement par les Etats-Unis d'Amérique⁸. Ce modèle est opposé à un autre, imaginé par Kelsen⁹, se

⁴ Voir Adama KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », *Afrilex*, janvier 2013 ; Jean-Claude COLLIARD et Yves JEGOUZO (sous la dir. de), *Le nouveau constitutionnalisme*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001.

⁵ Maurice KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique : Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 143.

⁶ Voir Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 197-257 ; Babacar KANTE, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitutions et pouvoir. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 265-276.

⁷ Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Collection : La pensée juridique, 1999, 367 p.

⁸ Voir Elisabeth ZOLLER (sous la dir. de), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2003, 228 p. ; Louis

rapportant à la détermination précise d'un organe juridictionnel exerçant, à titre exclusif, la justice constitutionnelle. En d'autres termes, la garantie juridictionnelle de la suprématie de la Constitution est assurée par une juridiction, autonome et spécialisée en la matière. C'est l'idée d'instituer des Cours ou tribunaux constitutionnels aux fins de veiller à la cohérence de leurs jurisprudences. C'est à se demander si le juge constitutionnel est un juge comme les autres¹⁰.

La réception de ce modèle kelsenien s'est traduite chez les premiers constituants africains francophones par la création de formations spécialisées, en charge de la justice constitutionnelle, au sein des Cours suprêmes, à l'instar de la « Chambre constitutionnelle »¹¹. Mais, sous l'effet de sédatif à elles administré par les régimes de parti unique – période dite des « Constitutions sans constitutionnalisme » – les « Chambres constitutionnelles » sont tombées en léthargie. Pour la plupart, leur réveil n'est dû qu'au souffle de la chute du mur de Berlin, symbolisant la libéralisation de l'offre politique et précipita le divorce avec les Cours suprêmes. Il est consécutif à la création de juridictions constitutionnelles autonomes en Afrique francophone¹², avec comme modèle assuré, la Cour constitutionnelle béninoise¹³. La panacée en Afrique francophone se trouvent être, de nos jours, les Cours ou Conseils constitutionnels en charge de la justice constitutionnelle.

En plus du caractère juridictionnel indispensable de l'organe, leur statut leur assure l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'effectivité ainsi qu'à l'efficacité de la garantie juridictionnelle. Cependant, il revient à l'organe juridictionnel de vaincre la « difficulté d'être » que diagnostiqua le

FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. IV, 1988, p. 51-66.

⁹ Lire Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », précité.

¹⁰ Voir BRUNET Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle » in *La notion de justice constitutionnelle*, (sous la dir. de) O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN et P. WACHSMANN, Paris, Dalloz, 2005, p. 115-135.

¹¹ Voir Franck MODERNE, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique » in Gérard CONAC (sous la dir. de), *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome II, *La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p. 3 et s. ; Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Evolutions et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. XIII, 1997, p. 31-45. Lire également, Ibrahima DIALLO, « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XX – 2004, p. 93-120.

¹² *Ibidem*.

¹³ Voir T. HOLO, *op. cit.* ; spécifiquement, Joël AIVO (sous la dir. de), *Annuaire béninois de justice constitutionnelle. Dossier spécial : 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, Cotonou, Presses Universitaires du Bénin (pub), 2013, 735 p. ; du même auteur, « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 47, avril 2015, p. 99-112.

professeur Moderne chez les juridictions constitutionnelles africaines en se réappropriant, dans la pratique, les garanties statutaires prévues ou impliquées par la justice constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel en France n'a-t-il pas arraché par sa jurisprudence audacieuse son indépendance, faisant de lui une véritable juridiction constitutionnelle ?¹⁴ En Afrique francophone, le professeur G. Conac, établissant un constat d'une flagrante actualité, nota que « le juge constitutionnel africain se trouve (...) dans une situation de grande dépendance à l'égard du chef de l'Etat »¹⁵. Plus récemment, c'est l'activisme politique et militant du juge constitutionnel qui sera dénoncé¹⁶.

Qu'il s'agisse, plus particulièrement, de ses compétences électORALES ou, de la mise en œuvre en général de l'exercice de ses fonctions, le juge constitutionnel rend ses décisions au « nom du peuple... » selon la formule consacrée. S'il ne peut être considéré, *stricto sensu*, comme un représentant du peuple, « il représente ce en quoi et par quoi le peuple se pense et se reconnaît souverain »¹⁷ faisait observer le professeur D. Rousseau. La réalisation de l'idée de représentation est l'un des objectifs principaux des élections que l'ensemble des Etats africains francophones et d'ailleurs, confient à la justice constitutionnelle en vue d'en assurer la régularité et de veiller à la sincérité du scrutin. On retiendra que malgré ses rapprochements avec la désignation ou encore la nomination, « l'élection se particularise comme un mode de dévolution du pouvoir supposant un choix (...) opéré au sein d'un groupe (...) au moyen de mécanismes appropriés permettant d'assurer la mise en œuvre du vote »¹⁸. L'élection assure la participation du

¹⁴ Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien-LGDJ, 10^{ème} édition, 2013, p. 47 et suiv.

¹⁵ Gérard CONAC (sous la dir. de), *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome II, *La jurisprudence*, Paris, Economica, 1989, p. VIII. Plus récemment, Abdoulaye SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique*, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé* (Actes du colloque de Cotonou, 810 août 2012), p. 501 ; Meïssa DIAKITE, « Les ambiguïtés de la juridiction constitutionnelle dans les Etats de l'Afrique noire francophone », *RDP*, 2015, n° 3, P. 785.

¹⁶ Voir F. HOURQUEBIE et W. MASTOR, « Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 34, janvier 2012, p. 143-162 ; MBODJ El Hadj, « Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? » in *Espace du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 421-453.

¹⁷ Voir Dominique ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? » in MOLFESSIS et alii (sous la dir. de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 363-370.

¹⁸ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lextenso-Puf, 2013, p. 604.

peuple à l'exercice du pouvoir à travers la désignation de ses représentants¹⁹; ceux à qui il délègue son pouvoir souverain et qui finalement établissent avec lui des rapports des plus distants de gouvernants à gouvernés. Surtout, l'élection sur l'ensemble du continent africain se singularise par ses échecs que la doctrine saisit par la terminologie « crise électorale ». Le professeur Meledje Djedjro affirmait sans concession, à ce propos, que « la crise électorale prend (...) des proportions telles qu'elle peut se définir comme une crise de la démocratie, une remise en cause du système politique, pour ce qu'il en reste, si ce n'était pas tout simplement un bric-à-brac politique. (...) La crise électorale s'oppose ainsi à la normalité électorale »²⁰. Il en dira concrètement qu'il s'agit d' « une situation de désordre, de perturbation, de dérangement, de dysfonctionnement qui, s'introduisant dans le système politique, a ou aurait de graves incidences sur le déroulement du jeu électoral pluraliste »²¹. La crise électorale sur le continent africain fait, presque toujours, suite au contentieux électoral²². On en déduit la proposition suivante : la justice constitutionnelle est source de crises graves.

C'est dans cet esprit que l'ONU est très souvent sollicitée par les Etats africains concernés en vue de sa participation au processus électoral à organiser. La présence de l'ONU comme force de maintien de la paix, la fragilisation des Etats en crise, auxquelles s'ajoute l'absence de confiance ou la suspicion entre les partis politiques, justifient les demandes adressées au Conseil de sécurité de l'ONU en vue de sa participation au processus électoral de sortie de crise²³. Quand elle accède à la requête, l'ONU assoit sa participation sur le « Chapitre VII » de la charte des Nations unies. En effet,

¹⁹ Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, avril 2009, p. 115.

²⁰ F. Djedjro MELEDJE, « De l'impossible service public électoral en Côte d'Ivoire. Le phénomène des crises électorales », in *Espace du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 460.

²¹ *Ibid.*, p. 460. L'auteur fait appel ici à la définition de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF).

²² Voir Djedjro MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, n° 129, avril 2009, p. 139-155; du même auteur « Fraudes électorales et constitutionnalisme en afrique » in Jean-Pierre VETTOVAGLIA, et al. (édité par), *Préventions des crises et promotion de la paix*. Volume II. *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylants, 2010 ; El Hadj MBODJ, « Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? » *op. cit.*, ; Dodzi KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, avril 2009, *op. cit.*

²³ Voir Ali-Diabacté TADJOUDINE, « La problématique des élections après un conflit et de la certification » in Séminaire de l'Organisation internationale de la francophonie, New York, USA, 11 décembre 2008 (<http://www.operationspaix.net/29-activites-et-seminaires-la-problematique-des-elections-apres-conflit-et-l-enjeu-de-leur-certification.html>). Consulté le 06 juillet 2015 à 10h05 ; également, Huu Dong NGUYEN, « L'Onu, artisan du processus électoral » in *Promouvoir la démocratie ?, Revue Critique internationale*, n° 24, Presses de Sciences Po, mars 2004, p. 159-176.

les crises électorales ont conduit à des violences que l'ONU appréhende comme des facteurs d'instabilité, donc des risques aggravés pour la paix. Si l'ONU cristallise ainsi la participation électorale internationale, il n'en reste pas moins que d'autres organisations internationales régionales comme l'Union européenne sont aussi fortement présentes dans ces processus électoraux. La participation électorale de l'ONU, s'inscrivant dans le renforcement des capacités de l'administration électorale, se présente sous plusieurs formes selon les situations des Etats et les demandes à elle adressées à cet effet. Il s'agit, d'une part, de la prise en charge de l'organisation entière, la supervision et le contentieux de l'élection²⁴. D'autre part, l'ONU était partie intégrante de l'administration électorale nationale²⁵. En dehors de ces cas, la plus part du temps, la participation se présente sous la forme d'une assistance électorale²⁶. Cette dernière comporte deux volets principaux. Le premier est d'ordre technique (expertise en matière électorale), logistique (mise à disposition et transport de matériels électoraux) et financier (mobilisation et gestion des ressources des bailleurs de fonds). Le second consiste en l'observation du processus électoral (présence d'observateurs dans les bureaux de vote et collecte de données). Enfin, la participation électorale a pris une forme nouvelle : la « mission de certification des élections »²⁷. La certification des élections, expérimentée en Côte d'Ivoire, est unique en son genre. En somme, en Afrique francophone, la participation électorale internationale a pris deux aspects : l'un, plus usuel, consiste en l'assistance électorale et l'autre spécifique est la certification des élections.

Si l'assistance électorale, envisagée comme l'accompagnement technique et matériel aux institutions nationales chargées de l'organisation des élections ainsi que l'observation de son déroulement, est plus perceptible, force est d'admettre qu'il n'en est pas de même pour « la mission de certification des élections ». Le professeur Melèdje relevait d'ailleurs son absence de définition précise²⁸. De plus, la crise électorale ivoirienne a mis en relief le

²⁴ Ce fut le cas au Cambodge entre 1992 et 1993 ; au Timor Est en 2001-2002 et au Kosovo de 2000 à 2004. L'absence d'institutions nationales en état de fonctionnement effectif explique cette particularité.

²⁵ En Afghanistan en 2004-2005 ; en Irak en 2005 et au Kosovo en 2007.

²⁶ De nombreux Etats africains francophones en ont bénéficié, notamment à partir des années 1990. On citera le Rwanda, le Zaïre, le Burundi, la République centrafricaine, la République démocratique du Congo, la Côte d'Ivoire et le Mali.

²⁷ Les résolutions 1633 de 2005 (sur la situation en Côte d'Ivoire) et 1745 de 2007 (sur la situation au Timor-Leste) utilisent pour la première fois le terme « certification » relativement aux situations de ces deux pays sans avoir la même consistance. Pour une analyse de la certification au Timor et au Népal, Kévin Ferdinand N'JIMBA, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre Droit international et Droit constitutionnel*, Thèse de droit public, Nancy Université, 2011, 663 p.

²⁸ Djedjro F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *op. cit.*, p. 152.

manque de lisibilité de la mission de certification des élections. Effectivement, aucun texte sur la mission de certification ne clarifiait formellement la notion de certification. Les expériences étrangères n'offrent pas non plus d'éléments de définition précise pouvant éclairer le débat autour de la notion de certification des élections. Le terme certification a intégré le langage juridique international par l'emploi qu'en ont fait les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU. A la lecture de celles-ci, il y a lieu de noter qu'aucune acceptation nette ne s'en dégage au surplus. Dans cette quête de définition, envisageons une relecture de l'accord de Pretoria d'avril 2005 qui invita l'ONU à participer au processus électoral en Côte d'Ivoire. Cette entreprise se révèle, de ce point de vue, infructueuse. Dès lors, une approche définitionnelle générale peut être utile. Le terme « certification » renvoie à l'action de certifier, qui signifie s'assurer qu'une chose est vraie, authentique. Cela revient, d'une part, à s'assurer que l'auteur de l'acte concerné est ou non la personne habilitée à l'établir. Et d'autre part, l'acte est établi sur des faits authentiques. La certification s'entend ainsi donc du fait d'attester, de rendre témoignage de ce qui est. Un regard rétrospectif sur le processus électoral ivoirien en 2010 montre que la certification a porté non seulement sur les actes préparatoires des élections mais également sur le contentieux électoral. La certification s'accompagne donc de la régulation du processus électoral. La doctrine observait déjà en 2009 que la certification « est perçue comme une opération qui est au-dessus des opérateurs du contentieux ; en d'autres termes, elle assure le règlement du contentieux des contentieux »²⁹.

L'actualité et la continuité de la participation électorale, le maintien du juge constitutionnel comme juge électoral³⁰ ont suscité l'intérêt de cette réflexion. La participation électorale internationale, c'est-à-dire l'intégration d'un organisme international dans l'organisation et la validation des élections politiques nationales en Afrique francophone, met en évidence un fait notable : l'existence, côté à côté, des organes nationaux et internationaux sur l'organisation et le contentieux des élections. Cette observation ressort nettement au regard des situations en République démocratique du Congo, au Burundi, en Centrafrique et en Côte d'Ivoire qui serviront de champs d'étude. Ces Etats ont bénéficié ou bénéficient de la participation électorale de l'ONU. Ce constat met en exergue les rapports entre la justice constitutionnelle et la participation électorale internationale. Aussi ces rapports intrigants suscitent-ils des interrogations sur le point de savoir si les normes régissant la justice constitutionnelle et les organes internationaux

²⁹ Djedjro F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *op. cit.*, p. 152.

³⁰ Voir Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIE, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 105, avril 2003, p. 117-132.

établissent des relations de juxtaposition, de confluence, d'influence ou d'interférence. En d'autres termes, eu égard à la dualité de la participation électorale internationale, quel sort est-il réservé à la justice constitutionnelle ? C'est la question de la marge de manœuvre ou de l'autorité de la justice constitutionnelle dans le processus électoral qui est en jeu dans ce type de rapport. A l'aune des divers contextes analysés, il ressort que, selon la nature de la participation électorale internationale, la justice constitutionnelle a plus ou moins la maîtrise de la régulation électorale. Ainsi l'esprit d'accompagnement qui sous-tend l'assistance électorale, laisse la justice constitutionnelle en roue libre pour déployer son autorité (**I**), alors que l'exorbitance de la certification conduit à voir supplantée celle-ci dans l'exercice de ses fonctions électorales (**II**).

I – Une justice constitutionnelle préservée dans l'élection assistée

Tant dans sa conception que dans sa mise en œuvre pratique, l'assistance électorale, justifiée par la fragilité des institutions nationales en reconstruction, s'adresse fort logiquement à l'administration nationale, compétente pour l'organisation des élections. Dès lors, la justice constitutionnelle n'est point concernée par l'assistance (**A**). Cela revient à dire que le juge constitutionnel garde l'exclusivité de ses compétences (**B**).

A – La justice constitutionnelle non saisie par l'assistance

Le juge constitutionnel n'est pas visé par l'assistance électorale pour des raisons organique et matérielle. En raison de son but, l'assistance électorale établit une collaboration logique avec les Commissions électorales indépendantes (**1**). Il est encore ainsi tenant à la nature administrative de l'assistance (**2**).

1 – L'assistance, une collaboration excluant le juge constitutionnel

D'un point de vue organique, l'exclusion de la justice constitutionnelle de l'assistance électorale se justifie par le fait que celle-ci ne s'adresse plutôt qu'à la commission chargée d'organiser pratiquement les élections. L'organe international intervient exclusivement dans l'organisation concrète des élections. Par rapport à la justice constitutionnelle, l'exclusivité de la collaboration des deux organes s'explique largement par l'identité de leur mission.

La différence entre ces deux organes nationaux tient à l'approche conceptuelle de la mission d'assistance. Tout d'abord, à travers les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, les missions d'assistance électorale sont envisagées comme des missions d'appui à la démocratie ; le déficit de démocratie étant l'une des principales raisons des crises

électorales. L’assistance électorale est alors perçue comme l’intervention d’un organe participatif certes, mais non à titre principal. Selon le Conseil de sécurité de l’Onu, il revient « au premier chef au Gouvernement (...) et à ses partenaires nationaux de créer les conditions propices à la tenue des prochaines élections »³¹. L’assistance électorale s’entend de l’accompagnement, de l’appui ou encore du soutien de l’ONU aux autorités nationales. L’on dénote une très forte instance sur le rôle secondaire que la mission d’assistance électorale doit jouer dans le processus électoral. Même dans des situations d’importante fragilisation de l’Etat, rendant difficile à celui-ci la mise en œuvre de ses prérogatives régaliennes, le Conseil de sécurité de l’ONU « souligne combien il importe que les autorités de transition, avec le concours du BINUCA, organisent des élections libres et régulières »³². Car, tient-il à le rappeler, « la responsabilité de protéger la population civile (...) incombe au premier chef aux autorités de transition »³³.

Mais, ensuite, c’est surtout que la mission d’assistance concerne principalement l’organe à qui la législation nationale confie la préparation et l’organisation des élections. La situation transitionnelle est régie par un constitutionnalisme transitionnel³⁴ ou de crise³⁵, qui désigne des institutions à cet effet. L’ensemble des constitutions transitionnelles, voire post-crises, confient clairement l’organisation des élections à un organe national indépendant du gouvernement, en l’occurrence une commission électorale indépendante ou institutions d’appui à la démocratie³⁶.

Le constitutionnalisme, même de crise, exprime la volonté des autorités nationales de préserver et d’assurer concrètement la continuité de l’Etat ainsi que la restauration de son autorité sur toute l’étendue du territoire. L’organisation des élections corrobore cette volonté en inscrivant la dévolution du pouvoir étatique dans la démocratie. Le rôle des Commissions électorales indépendantes n’en est plus qu’important dans cette phase préparatoire des élections³⁷. Aussi ces Commissions électorales indépendantes, à l’exclusion des juridictions constitutionnelles, sont-elles

³¹ Résolution 1991 du 28 juin 2011 sur la situation en RDC.

³² Résolution 2134 du 28 janvier 2014 sur la situation en RCA.

³³ *Ibid.*

³⁴ Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylants, 2009, p. XIII.

³⁵ Voir Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, p. 141-180.

³⁶ Article 104 de la Constitution de la Transition de la RDC de 2003. Lire notamment sur le sujet, MBODJ El Hadj, « Faut-il avoir peur de l’indépendance des institutions électorales en Afriques », *Afrilex*, mars 2009.

³⁷ *Ibidem.*

mises logiquement en rapport direct avec la mission d'assistance électorale, comme le prescrit l'ONU en Centrafrique : « il importe que le BUNICA s'emploie d'urgence à préparer comme il se doit la tenue des élections avec les autorités de transitions et l'Autorité nationale des élections »³⁸.

L'article 45 de la charte de la transition de la République centrafricaine de 2013 prévoit, dans le chronogramme électoral que doit mettre en œuvre le gouvernement, la mise en place et « l'opérationnalité » de l'Autorité nationale des élections (ANE). Cette institution, aux termes de l'article 6 du décret³⁹ relatif à son organisation et à son fonctionnement, est chargée de la préparation, de l'organisation et de la supervision des élections. Le constituant burundais de 2005 prévoit en substance que la Commission électorale nationale indépendante (CENI) conduit les missions d'organisation, de supervision et de proclamation des résultats provisoires⁴⁰.

La mission d'assistance établit une collaboration avec les Commissions électorales nationales. C'est le sens de l'appui apporté par la mission d'assistance. Au surplus, l'ONU insiste sur l'étroitesse des liens à nouer avec les Commissions électorales nationales. C'est ce qui ressort nettement de l'une de ses décisions relatives à la Centrafrique, dans laquelle elle invitait la BINUCA à « définir, favoriser et fournir l'assistance technique nécessaire au processus électoral (...) en collaborant d'urgence avec l'Autorité nationale des élections »⁴¹. Dans le même esprit, il est demandé « aux autorités congolaises de veiller à créer les conditions de sécurité nécessaires au bon déroulement du scrutin et à assurer l'accès sans restriction aux bureaux de vote, notamment en coopérant avec la MONUSCO »⁴² puis à cette dernière de prêter « son concours pour l'organisation et la tenue d'élections (...) sous forme d'appui technique et logistique, à la demande des autorités congolaises, en facilitant des échanges élargis et réguliers avec la CENI »⁴³.

Certes, l'élection est génériquement envisagée comme un processus qui comprend tant les préparatifs que le vote à proprement parler auxquels s'ajoute le contentieux dont le contrôle incombe au juge constitutionnel. La justice constitutionnelle intervient également en amont du processus, mais n'organise pas concrètement sur le terrain les élections. Le principe de séparation des pouvoirs peut expliquer cette division organique du travail. Ceci consiste à éviter de confier à un seul et même organe l'organisation et la régulation du contentieux électoral. La transparence de l'élection peut aussi

³⁸ Résolution 2134 précitée.

³⁹ Décret n° 14-211 du 24 juin 2014 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité nationale des élections.

⁴⁰ Article 91 de la Constitution burundaise de 2005.

⁴¹ Résolution 2149, précitée, relative à la RCA.

⁴² Résolution 1991 sur la RDC, précitée.

⁴³ *Ibid.*

sous-tendre cette structuration. Cette autonomie organico-fonctionnelle des Commissions électoralas n'exclut pas, ainsi que le précise l'alinéa 2 de l'article 7 du décret organique relatif à l'Autorité nationale des élections en Centrafrique⁴⁴, la collaboration avec d'autres institutions. L'indépendance des Commissions électoralas est organisée par l'ensemble des textes organiques. La justice constitutionnelle est encore écartée de l'assistance parce qu'elle ne partage avec la mission d'assistance les mêmes compétences matérielles.

2 – La justice constitutionnelle, hors du champ matériel de l'assistance

La justice constitutionnelle est très clairement écartée des missions d'assistance électorale, en raison de la nature administrative du champ matériel de compétences de l'action de l'ONU. Dans une approche générale de leurs actions, qu'il s'agisse de la mission de l'Organisation des Nations unies en République démocratique du Congo (MONUC), du bureau intégré des Nations unies pour la consolidation de la paix en République centrafricaine (BINUCA) ou encore de l'opération des Nations unies au Burundi (ONUB) voire l'organisation des Nations unies en Côte d'Ivoire (ONUCI) –mission d'assistance qui s'est doublée d'une activité de certification par la suite–, leurs finalités se rejoignent d'autant qu'elles s'engagent toutes, par la restauration de la paix, à aider l'administration nationale électorale à organiser concrètement des élections démocratiques. Ainsi les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU prescrivent-elles que les missions d'assistance doivent « contribuer au bon déroulement du processus électoral (...) en veillant à assurer un environnement sûr pour la tenue d'élections libres, transparentes et pacifiques »⁴⁵. Dans le même esprit, il est attendu d'une mission d'assistance qu'elle « facilite la mise en œuvre du processus électoral, en vue de la tenue (d'élections présidentielles et législatives libres, justes et transparentes) »⁴⁶.

Nous le relevions, ci-dessus, l'esprit général des interventions des missions d'assistance électorale s'éloigne de celui des juridictions constitutionnelles, qui n'ont pas à se soucier d'organiser véritablement les élections. Leurs fonctions de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics et de juge du contentieux électoral sont amplement prenantes. De ce point de vue, déjà, l'exclusion de la justice constitutionnelle de l'assistance électorale est compréhensible. De plus, ces différentes résolutions mettent l'accent sur l'intérêt de créer un environnement propice à l'expression libre du scrutin. Ce sont principalement, les actions d'ordre sécuritaires qui sont

⁴⁴ Décret n° 14-211 du 24 juin 2014, ci-dessus cité.

⁴⁵ Résolution 1545 du 21 mai 2004 sur la situation au Burundi ; résolution 1565 du 1^{er} octobre 2004 sur la situation en RDC.

⁴⁶ Résolution 2121 du 10 octobre 2013 sur la situation en RCA.

concernées. De toute évidence, il ne revient pas à la justice constitutionnelle –qui n'en a d'ailleurs pas les moyens et dont ce n'est pas la mission– de bénéficier d'une assistance en ce domaine.

Dans une approche plus spécifique, même si elles le font de manière parcellaire, les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU définissent matériellement l'assistance électorale. Celle-ci s'entend d'une diversité de domaines d'intervention ; lesquels sont de quatre types : technique, logistique, financier, sécurité.

Sur le plan technique, ainsi le Conseil de sécurité de l'ONU doit « définir, favoriser et fournir l'assistance technique nécessaire au processus électoral et procéder aux préparatifs utiles »⁴⁷. A cet effet, la mission d'assistance met à disposition, en cas de besoin, des experts –juristes notamment– en matière électorale, qui participent à la rédaction des textes législatifs et réglementaires voire à la confection du texte constitutionnel.

Au niveau de la logistique, la mission d'assistance consiste, par exemple, en la fourniture de matériels électoraux (urnes, encre indélébile, chasubles, etc.). L'ONU a pu aussi « autorise(r) la MONUC (...) à fournir un appui supplémentaire à la Commission électorale indépendante pour le transport du matériel électoral »⁴⁸ voire à mettre à disposition des moyens de mobilité ou de transport au profit des autorités publiques, du gouvernement.

Du point de vue financier, l'assistance va consister à mobiliser et à assurer la gestion des ressources des bailleurs de fonds. A titre illustratif, le Conseil de sécurité engage la mission d'assistance au Burundi à « améliorer la capacité du gouvernement à coordonner l'aide des donateurs, à communiquer efficacement avec ceux-ci et à mobiliser les ressources prévues dans le document de stratégie de réduction de la pauvreté, lorsqu'il aura été définitivement arrêté »⁴⁹.

Au plan sécuritaire, la mission peut appuyer les forces de sécurité nationale, prendre part activement à la sécurisation du territoire étatique ou se substituer aux forces de sécurité nationale en cas de défaillance de celles-ci. Ainsi, il est recommandé à la mission d'assistance en RCA d' « apporter un soutien adéquat, en coordination avec les autorités de transition, et compte tenu des risques sur le terrain, pour que soit assurée la sécurité des principales parties prenantes nationales, notamment des membres du gouvernement de transition »⁵⁰. De même, au Burundi, l'ONU a demandé à l'ONUB d' « assurer le respect des accords de cessez-le-feu en surveillant leur mise en œuvre »⁵¹.

⁴⁷ Résolution 2149 du 10 avril 2014 sur la situation en RCA.

⁴⁸ Résolution 1621 du 6 septembre 2005 sur la situation en RDC.

⁴⁹ Résolution 1719 du 25 octobre 2006 sur la situation au Burundi.

⁵⁰ Résolution 2149 du 10 avril 2014 sur la situation en RCA.

⁵¹ Résolution 1545 du 21 mai 2004 sur la situation au Burundi.

A ces domaines d'intervention, il y a lieu d'y ajouter l'observation, c'est-à-dire le suivi, par la collecte de données, du déroulement de l'élection à proprement parler, ponctuer de recommandations.

De ce qui précède, ces actions d'assistance se rapportent à l'organisation concrète des élections. Elles partent de la consolidation d'un environnement pacifié à l'exercice libre du scrutin. Cette phase organisationnelle des élections révèle la nature administrative de l'assistance électorale. En d'autres termes, la consistance de l'assistance électorale s'assimile aux actions que l'ensemble des législations étudiées invite les Commissions chargées de l'organisation des élections à accomplir⁵². Effectivement, les Commissions électorales se voient, en substance, dotées de compétences étendues en vue de la préparation et de la supervision des élections. Elles s'étendent, pour schématiser, de l'identification des électeurs à la proclamation des résultats. La nature administrative résulte aussi d'une qualification textuelle. La loi ivoirienne fait de la Commission électorale indépendante une autorité administrative indépendante⁵³. L'étroitesse de la collaboration entre la mission d'assistance et la Commission chargée des élections induit l'exclusivité des juridictions constitutionnelles dans l'exercice de leurs fonctions électorales.

B – Une justice constitutionnelle, seul juge électoral

Les textes nationaux et internationaux coïncident dans la reconnaissance de la justice constitutionnelle comme seul organe en charge de la régularité du processus électoral. Le contentieux électoral vise la vérification des actes d'organisation de l'élection (1) et la validation des résultats qui en ressortent⁵⁴ (2).

1 – Le régulateur des actes préparatoires

Il résulte de l'ensemble des textes relatifs à l'assistance électorale que celle-ci ne se soucie pas de la régulation juridique du processus électoral. Le silence gardé par l'ONU sur cet aspect trouve certainement son explication, non seulement dans la nature administrative de l'assistance, mais surtout dans la nécessité de ne pas s'immiscer dans l'exercice de la mission de régulation confiée à la justice constitutionnelle par le constitutionnalisme interne. En effet, aux termes de l'article 150, alinéa 2 de la Constitution

⁵² Voir El Hadji MBODJ, « Faut-il avoir des institutions électorales en Afrique ? », *Afrilex*, mars 2009 ; dans une autre orientation, voir Yedo S. LATH, « Existe-t-il un contentieux des autorités administratives techniquement spécialisées en droit administratif ivoirien ? », *Revue ivoirienne de Droit* (RID), n° 41, 2010, p. 63-107.

⁵³ Article 1^{er}, alinéa 2 de la loi n° 2001-634 du 9 octobre 2001 modifiée, portant organisation, composition, attributions et fonctionnement de la Commission électorale indépendante (CEI).

⁵⁴ Jean-Claude MASCLÉT, *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989, p. 309.

congolaise de 2004, il est formellement prévu que « la Cour suprême de justice est juge du contentieux des élections présidentielles et législatives, ainsi que du référendum ». Cette netteté tranche avec les textes des autres Etats étudiés. L'article 228-4 de la Constitution burundaise de 2005 confie à la Cour constitutionnelle la compétence de « statuer sur la régularité des élections présidentielles et législatives et des référendums et d'en proclamer les résultats définitifs ». Il en est de même en Centrafrique où il revient à la Cour constitutionnelle de « connaître du contentieux électoral ; de veiller à la régularité des consultations électorales, examiner et en proclamer les résultats ; veiller à la régularité des consultations référendaires, examiner et en proclamer les résultats »⁵⁵. Prévus dans des termes quasi similaires, par la combinaison des articles 32, 60 et 94 de la Constitution ivoirienne de 2000, le juge constitutionnel se voit investi de la fonction de juge du contentieux électoral. La fonction régulatrice du processus électoral s'entend ici du contrôle de constitutionnalité des actes d'organisation des élections. Ce type de contrôle se rapporte aux actes constitutifs des pouvoirs publics intervenant dans le processus, à leur activité normative ou encore à la répartition de leurs compétences. Même si ce pouvoir de régulation n'est pas particulièrement évoqué par les résolutions du Conseil de sécurité, elles reconnaissent clairement un rôle de « premier chef » aux institutions nationales dans la conduite et la supervision du processus électoral.

Le processus électoral s'entend ici de l'organisation concrète des élections, le vote à proprement-parler, y compris. La régulation, dont la maîtrise est confiée aux juridictions constitutionnelles dans le cadre des élections assistées, est indispensable pour le bon déroulement des élections. Il permet de résoudre par le droit les difficultés rencontrées par les organes intervenant dans l'organisation des élections⁵⁶. A plus forte raison, ce pouvoir de régulation est-il nécessité en période transitionnelle. Il s'agit, dans une certaine mesure, de régler par le droit des problèmes d'ordre politique, notamment ou encore de saisir la politique par le droit⁵⁷.

A la vérité, il ressort de l'analyse des textes fondamentaux et de la jurisprudence constitutionnelle des Etats cibles que le juge constitutionnel n'est pas expressément envisagé comme « régulateur du processus électoral » ou « régulateur des élections ». Aucune spécification n'est faite à ce propos.

⁵⁵ Article 76 de la charte de la transition de 2013.

⁵⁶ Djedjro F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *op. cit.*, p. 143 ; voir également Jean du BOIS de GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 13, Dalloz, 2013 ; Kossi SOMALI, « Les élections présidentielles devant le juge constitutionnel. Etude de cas des Etats d'Afrique noire francophone », *RDP*, 2013, n° 5, p. 1291.

⁵⁷ Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p.

Mais, la fonction régulatrice du processus électoral n'existe pas moins au profit des juridictions constitutionnelles. Le juge constitutionnel français, qui le premier a eu recours à cette notion de « régulateur des activités des pouvoirs publics » dans sa décision du 6 novembre 1962⁵⁸, ne disposait pas précisément de cette compétence qu'il s'est reconnue. C'est l'article 88 *in fine* de la Constitution ivoirienne d'août 2000 qui affirme que le Conseil constitutionnel « est l'organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics ». Dans les autres cas, ce pouvoir peut être déduit de dispositions constitutionnelles combinées. Ainsi au Burundi, la Constitution intérimaire, en son article 225 *in fine*, faisait de la Cour constitutionnelle de transition, l'interprète authentique de la Constitution. Elle est également compétente pour faire respecter la répartition matérielle des compétences du législateur et de l'exécutif selon l'article 228-1 de la Constitution intérimaire, qui ouvre à « toute personne physique ou morale intéressée », aux termes de l'article 230 de ladite Constitution, de saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois. Il en est ainsi aussi en Centrafrique, où la fonction régulatrice de l'élection ressortit aux articles 76-6 (conflits de compétences au sein de l'exécutif et entre les pouvoirs exécutif et législatif) et 76-8 (interprétation de la Charte de la transition) de la Charte de 2013. La Constitution transitionnelle de la République démocratique du Congo l'envisageait à travers le pouvoir d'interprétation de la Constitution reconnu par l'article 150, alinéa 1^{er} à la Cour suprême de justice, exerçant les fonctions de la Cour constitutionnelle à venir.

Dans les contextes étudiés, la justice constitutionnelle a eu à s'exprimer sur des questions relatives à l'organisation de la consultation électorale. En Côte d'Ivoire, le Conseil constitutionnel a été saisi pour avis par le président de la République afin d'être éclairé sur la possibilité d'organiser l'adoption par référendum de la révision de la Constitution alors que le territoire était coupé en deux. Les fondements juridiques de la requête auraient dû conduire à l'irrecevabilité des demandes d'avis. Mais, contre toute attente, elles ont été favorablement accueillies⁵⁹. Le juge constitutionnel s'est appuyé sur sa mission « d'assurer la régulation « du fonctionnement des pouvoirs publics » » pour expliquer que cette fonction régulatrice « implique pour le président de la république le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution ». Le juge constitutionnel en a fait « une fonction constitutionnelle fondamentale »⁶⁰ qu'il invoquait deux ans plus tard pour proroger les mandats du président de la République⁶¹ et de l'Assemblée

⁵⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962.

⁵⁹ Avis n° 003/CC/SG et n° 004/CC/SG du 17 décembre 2003.

⁶⁰ Djedjro MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2013, p. 460-471.

⁶¹ Décision n° 2005-11/CC/SG du 28 octobre 2005.

nationale⁶², arrivés à terme en raison de l'impossibilité d'organiser les élections y afférentes sur un territoire dont l'intégrité est évidemment atteinte. Les difficultés posées par cet état de fait impactent sur le fonctionnement des pouvoirs publics impliqués dans l'organisation des élections.

Le cas burundais est également assez illustratif. La Cour constitutionnelle avait été saisie par un parti politique aux fins d'interprétation du terme « majorité absolue » contenue dans l'article 117 du Code électoral de 2005. Faisant preuve de pédagogie, la Cour a d'abord rappelé l'article 84, alinéa 2 du Code électoral qui régit, en l'espèce, sa saisine. Appliquant rigoureusement son syllogisme, le juge a décidé que n'étant pas une personne physique ayant fait acte de candidature, « le Parti (...) n'a pas la qualité pour saisir la Cour »⁶³. Dans une autre affaire, le juge constitutionnel devait contrôler la conformité du règlement intérieur amendé du Sénat à la Constitution. La requête fut introduite par le sénateur ayant présidé, en l'absence du président du Sénat, la session à laquelle le texte a été amendé. La Constitution prescrit en article 230 que le président du Sénat avait qualité pour le faire. La Cour, prenant en compte la fonction exercée, a jugé recevable la requête : « attendu que c'est l'honorable Biha André qui a présidé la session du Sénat au cours de laquelle l'amendement au règlement intérieur (...) a été adopté (...) ; attendu qu'il y a lieu de dire qu'il faisait office de président du Sénat ; (...) par conséquent la saisine est régulière ».

Dans un autre contexte, en République centrafricaine, le 20 juillet 2015, la Cour constitutionnelle de transition a rendu une décision à l'occasion d'une saisine par le chef de l'Etat de la transition « aux fins d'examiner la conformité à la Charte constitutionnelle de la transition, de la loi (...) portant dérogations de certaines dispositions (du) Code électoral ». La Cour est saisie pour avis avant la promulgation du texte. La Cour s'intéresse à la recevabilité de la requête au regard de l'auteur de la saisine, puis de l'acte soumis à examen. Le premier point ne présente pas de difficulté ; le chef de l'Etat peut saisir la Cour pour un contrôle de constitutionnalité d'une loi en instance de promulgation. La nature de l'acte soumis soulève une difficulté. Alors que la requête est mal fondée, la Cour retient « qu'en matière de contrôle de conformité, la Cour ne peut que rendre une décision et non émettre un avis ; qu'il y a lieu pour la Cour de rendre une décision ». La demande est déclarée recevable sans que la Cour en donne la raison. Cette reformulation implicite de la requête par le juge peut s'expliquer par le contexte transitionnel duquel il est prévu de sortir par des élections. En effet, la modification de la loi électorale est d'une importance capitale dans la préparation concrète des

⁶² Avis n° 013/CC/SG du 15 décembre 2005.

⁶³ Arrêt RCCB n° 128 du 19/07/05.

élections. Aussi était-il important que le juge constitutionnel puisse s'y prononcer, mettant en œuvre son pouvoir régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics. L'exclusivité de la régulation du processus électoral se justifie également par le fait que la validité des résultats électoraux ressortit de sa compétence exclusive.

2 – *Le juge de la validité des résultats*

C'est l'expression du besoin de régularité du processus électoral dans son ensemble⁶⁴. L'élection est en soi une compétition entre plusieurs candidats que le droit saisit en vue d'en garantir la régularité et le caractère démocratique. Ce processus n'est donc pas exempt de conflits, c'est-à-dire de contestations ou de réclamations, souvent aux relents politiques, dont le règlement juridique est confié à la justice constitutionnelle⁶⁵. Une voie plus autorisée a pu en dégager la complexité : « la matière dont (le juge constitutionnel) a à traiter est une matière souvent explosive et toujours chargée de difficultés, parce que politique »⁶⁶.

L'attribution de cette mission à la justice constitutionnelle ressort, là aussi, bien plus du constitutionnalisme interne que des textes organisant la mission d'assistance électorale. Celle-ci ne s'en préoccupe qu'indirectement ; en rappelant le respect par les autorités publiques des textes fondamentaux internes et des principes de droit international. Ceci traduit, à en point douter, l'autonomie de l'institution nationale dans ses rapports avec les organismes internationaux d'assistance. Une autonomie qui fait de la justice constitutionnelle, le seul juge du contentieux des résultats des élections, c'est-à-dire le juge qui les valide définitivement. Il n'est pas rare que ce rôle soit confondu avec celui des Commissions électorales, qui s'en acquittent, à titre provisoire, laissant le juge constitutionnel les valider en définitive. Le contentieux électoral vise la vérification des actes d'organisation de l'élection et la validation des résultats qui en découlent.

La Cour burundaise a eu à affirmer son autorité à l'occasion du contentieux des élections sénatoriales et présidentielle de 2005. Ainsi dans son arrêt du 9 août 2005⁶⁷, après avoir jugé régulière la saisine de la Commission électorale nationale indépendante (CENI) aux fins de transmission des résultats provisoires pour validation, le juge constitutionnel

⁶⁴ MBODJ, « Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? », *op. cit.*, p. 449.

⁶⁵ Voir Djedjro MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », précité, p. 139 ; DENQUIN Jean-Marie, « Justice constitutionnelle et justice politique » in *La notion de justice constitutionnelle*, (sous la dir. de) O. JOUANJAN, C. GREWE, E. MAULIN et P. WACHSMANN, Paris, Dalloz, 2005, p. 75-84.

⁶⁶ Robert BADINTER in Gérard CONAC (sous la dir. de), *Les cours suprêmes en Afrique*, précité, p. 31 ; Jean-Marie DENQUIN, *op. cit.*

⁶⁷ Arrêt RCCB 148 du 09/08/05.

a rappelé que « c'est la Cour qui procède à la proclamation officielle des résultats ». Au terme de sa vérification, la Cour a retenu qu' « en définitive, les élections sénatoriales du 29 juillet 2005 se sont déroulées de façon régulière », validant par là même les résultats provisoires. L'exercice fut relativement différent en ce qui concerne les résultats de l'élection présidentielle⁶⁸. En effet, le juge constitutionnel releva « qu'il ressort de (son) examen qu'une irrégularité a été observée au niveau du calcul du pourcentage ». Relisons son analyse : « attendu que la (CENI) a pris pour base de calcul le nombre de voix valablement exprimées à savoir 161, alors que l'article 302 de la Constitution et l'article 190 du Code électoral prescrivent que le président de la république est élu à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat réunis en congrès ; attendu que l'effectif actuel des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat s'élève à 165 ; attendu qu'après rectification de cette erreur, les résultats définitifs des élections présidentielles » donnent 91,5 % pour Nkurunziza qui est déclaré vainqueur. Cet arrêt est un éloquent exemple de mise en œuvre du pouvoir régulateur des résultats de l'élection.

Dans sa consistance, le contentieux électoral se présente comme « la technique qui assure, autant que possible, l'équité et la régularité de la représentation dans la démocratie électorale »⁶⁹. Cette technique consiste en la mise en œuvre par le juge des règles en la matière. Des règles de sources diverses sont combinées tenant au contexte de crise. Elles comprennent les Constitutions transitoires et les accords entre belligérants, ainsi que le droit international. Au Burundi, le constituant de 2005 vise, au fronton du texte fondamental, « l'accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi »⁷⁰. Les constituants centrafricains sont plus explicites quand ils disent « (réitérer) leur pleine adhésion aux accords de Libreville du 11 janvier 2013, aux décisions des troisième et quatrième sommets extraordinaires élargis des chefs d'Etat et de gouvernement de la CEEAC des 3 et 18 avril 2013, ainsi qu'à celle du comité de suivi des accords de Libreville et du groupe international de contact sur la République centrafricaine du 2 au 3 mai 2013 et engagent l'Etat et les parties prenantes à les respecter scrupuleusement »⁷¹. Le constituant congolais affirme sa fidélité « aux résolutions pertinentes du dialogue inter-congolais de Sun City (République d'Afrique du Sud) du 25 février au 12 avril 2002, et à l'accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo signé à Pretoria le 17 décembre 2002 et adopté à Sun City le 1er avril 2003 ». Le cas ivoirien se singularise car la Constitution de 2000 ne s'arrime pas à un

⁶⁸ Arrêt RCCB 152 du 19/08/05.

⁶⁹ Djedjro MELEDJE, *op. cit.*

⁷⁰ Voir la Constitution.

⁷¹ Voir la charte de la transition du 18 juillet 2013.

accord politique de sortie de crise. Mais, du fait de la crise, les règles régissant les élections de sortie de crise prennent en compte la Constitution, les accords politiques inter-ivoiriens et le droit international. Cet ensemble forme le droit constitutionnel de crise ou constitutionnalisme de crise.

Quant à l'attitude du juge, elle doit mettre en exergue l'effectivité de son indépendance, sa rigueur, son audace ou encore son réalisme face aux actes et faits électoraux spécifiques qu'il est appelé à juger. Le constat est flagrant que « les textes (...) encadrant l'expression du suffrage (...) sont (...) (la) plupart du temps laconiques ou lacunaires (...). Le juge électoral est alors habilité à combler les lacunes en dégageant des règles supplétives visant à garantir la conduite du processus jusqu'à son aboutissement »⁷². Il appartient dès lors au juge de conquérir effectivement son indépendance, son impartialité que garantissent les règles relatives à son statut.

En somme, dans les faits, au regard de la préservation par l'assistance électrale de la justice constitutionnelle comme seul juge des élections, les résultats des élections de 2005 n'ont pas mis en cause la justice constitutionnelle au Burundi. Il n'en a pas été ainsi au Congo et en Côte d'Ivoire –même si ce cas s'en distingue nettement– où les nombreux cas de fraude et de violences, qui ont émaillé les scrutins, ont remis en cause la régulation par la justice constitutionnelle du contentieux électoral. Ces derniers exemples augurent, dans une certaine mesure, du sort de la justice constitutionnelle quand la participation électorale internationale prend la forme de la certification.

II – Une justice constitutionnelle malmenée dans l'élection certifiée

La certification des élections est une modalité assez particulière de la participation électorale internationale. Elle est inédite, non seulement, par son institution mais aussi pour n'avoir été expérimentée qu'en Côte d'Ivoire, où elle a supplanté la justice constitutionnelle. En effet, l'exorbitance des pouvoirs qui en ont résulté, l'a mis en conflit ouvert avec la justice constitutionnelle (**A**) à laquelle elle a fini par imposer son autorité (**B**).

A – L'interférence des compétences

La spécificité de la certification réside dans le fait que le juge constitutionnel et l'organe certificateur ont des compétences similaires dans les mêmes champs de compétences. Aussi revendiquent-ils de manière exclusive l'arbitrage du processus électoral (*I*). Ce rapport concurrentiel fut également entretenu au sujet du maintien en fonction des pouvoirs publics (*2*).

⁷² MBODJ, « Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ? », *op. cit.*, p. 450.

1 – L'exclusivité revendiquée de l'arbitrage

Le pouvoir d'arbitrage dans le processus électoral est, d'un côté, attribué par la Constitution de 2000 à la justice constitutionnelle, en vertu de l'article 88, prévoyant le pouvoir de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics. D'un autre côté, le haut représentant pour les élections en Côte d'Ivoire⁷³, s'est vu reconnaître un pouvoir d'arbitrage par la résolution 1633 du 21 octobre 2005. De toute évidence, cette situation dénote une interférence des deux organes ci-dessus au regard du pouvoir d'arbitrage du même processus électoral. Elle est caractérisée par une immixtion de la norme internationale dans le domaine de compétence réservé d'un organe national, le Conseil constitutionnel⁷⁴. Est ainsi observable, une juxtaposition de compétences en matière d'arbitrage. L'acuité de cette interférence se mesure au fait que tant le juge constitutionnel que le haut représentant réclament la détention exclusive du pouvoir d'arbitrage. De ce point de vue, la comparaison avec un autre contexte, le Timor Est, est révélatrice du caractère original de l'activité de certification en Côte d'Ivoire. Au Timor Est, le pouvoir d'arbitre est attribué, sans concurrence avec une institution nationale, à la mission de l'Onu, en charge par ailleurs de l'organisation des élections⁷⁵.

La fonction d'arbitrage du juge constitutionnel, que ne définit pas le constituant ivoirien, s'est dévoilée à travers la jurisprudence constitutionnelle, comme nous l'avions vu plus haut. Précisons en outre que le juge constitutionnel la qualifie de « fonction fondamentale » impliquée par les compétences à lui attribuées par les constituants. Des fonctions fondamentales, le juge les reconnaîtra aussi au président de la République, fondant la création prétorienne du recours en interprétation de la Constitution, dont celui-ci peut le saisir⁷⁶. Le Conseil en a conclu que ce pouvoir d'arbitrage peut, dès lors, conduire le juge constitutionnel à être saisi de toute question intéressant la Constitution ou sur tout pouvoir public prévu par la Constitution⁷⁷.

Par ces différentes décisions, le juge constitutionnel trouva l'occasion d'affirmer son autorité comme seul régulateur du fonctionnement des

⁷³ Institué par la résolution 1603 du 3 juin 2005 du Conseil de sécurité de l'Onu. Le premier à ce poste fut M. Antonio Monteiro.

⁷⁴ Lire Vangah F. WODIE, « Le Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, cahier n° 40, mars 2013, p. 137-153.

⁷⁵ Voir Kévin Ferdinand N'JIMBA, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre Droit international et Droit constitutionnel*, op. cit., p. 84 et s.

⁷⁶ Voir les avis du 17 novembre 2003 du Conseil constitutionnel, précités.

⁷⁷ *Idem*.

pouvoirs publics, qui en tandem avec le président de la République, veille à la suprématie de la Constitution.

En ce qui concerne le pouvoir d'arbitrage du haut représentant, il importe d'indiquer que s'il paraissait, dans la rédaction de la résolution 1633, distinct de la certification, la mise en œuvre pratique a révélé qu'il est inclus dans l'exercice de l'action de certifier. Aussi porte-t-il tant sur la phase préparatoire que celle de validation des résultats. Relativement à son contenu, il n'est point précisé par la résolution 1633, suscité. Il a fallu attendre quasiment un an pour voir le Conseil de sécurité de l'Onu, par le biais de sa résolution 1721 du 1^{er} novembre 2006, entreprendre de clarifier l'arbitrage. Selon les dispositions pertinentes de cette résolution, le haut représentant était devenu la « seule autorité habilitée à rendre les arbitrages nécessaires en vue de prévenir ou résoudre toute difficulté ou contentieux lié au processus électoral en liaison avec le médiateur⁷⁸ ».

Il en ressort que, sur un plan organico-formel, la résolution 1721 fait du haut représentant, le seul arbitre reconnu dans le processus électoral. Par voie de conséquence, l'arbitrage du juge constitutionnel est tout simplement ignoré ou exclu. Autrement dit, il est formellement interdit que le Conseil constitutionnel arbitre les différends des parties intervenants dans l'organisation des élections. Il devrait se dessaisir au profit du haut représentant si d'aventure il venait à être saisi sur le fondement de sa fonction régulatrice. Dès lors, au juge constitutionnel se substitue, en cette matière, le haut représentant. Selon toute vraisemblance, il s'agit pour le haut représentant d'informer et de consulter celui-ci avant d'en décider. Celui-ci est, par ailleurs, tenu de consulter le médiateur, dont l'avis ne le lie pas. La raison de cette substitution ne ressort pas clairement de la résolution 1721. Il importe d'ajouter que l'accord de Ouagadougou de mars 2007, endossé par l'ONU par le truchement de la résolution 1765, a confié à l'ex-président B. Compaoré, en sa qualité de facilitateur, le rôle d'arbitrage « pour toute difficulté majeure liée au processus électoral »⁷⁹. La conséquence est qu'en vertu de la même résolution, le rôle de certification de l'élection a échu au représentant spécial du secrétaire général de l'ONU. Cette distinction organique n'est pas elle aussi sans poser des difficultés quant à l'application de la certification, qui en réalité englobe nécessairement l'arbitrage. L'on peut s'interroger sur le point de savoir pourquoi le Code électoral ivoirien ajusté en 2008 imposait-il au requérant d'adresser une copie de sa réclamation devant le Conseil constitutionnel au certificateur⁸⁰, si celui-ci ne

⁷⁸ Il s'agissait du président sud-africain Thabo Mbéki.

⁷⁹ Le paragraphe 8.1 de l'accord de Ouagadougou prévoyait que : « Les parties s'engage à s'en remettre à l'arbitrage du Facilitateur en cas de litige sur l'interprétation ou la mise en œuvre du présent accord ».

⁸⁰ Article 60 nouveau du Code électoral ajusté par l'ordonnance n° 2008-133 du 14 avril 2008.

doit pas exercer une fonction arbitrale ou de régulation ? En somme, qui devrait être l'arbitre du processus électoral ?

Au plan matériel, le haut représentant se voit reconnaître des pouvoirs d'arbitrage de « toute difficulté ou contentieux lié au processus électoral ». On relève que les termes « difficulté ou contentieux » manquent de précisions ; toute chose qui en ajoute à l'absence de délimitation du champ matériel de l'arbitrage. Des interrogations en découlent : quels sont le sens et la portée de l'arbitrage ? Quelle est la nature des difficulté ou du contentieux lié au processus électoral ? L'arbitrage est-il de nature administrative ou juridictionnelle ? Sur quel type d'actes porte-t-il ? Quel en est l'effet sur les actes litigieux ? S'étend-t-il au contentieux de l'élection ? Toutes ces imprécisions conduisent à donner à l'arbitrage un caractère général, élargissant le champ matériel de compétences de l'arbitre. Pour ainsi dire, si rien n'est précisé, rien ne lui est interdit non plus.

De tout ce qui précède, il y a dialogue de sourd éloquent entre les différentes sources matérielles –droit international, accords et Constitution– sur la question cruciale de l'arbitrage du processus électoral. Cette cacophonie est génératrice d'une crise de positionnement sur le terrain de l'arbitrage, mettant le haut représentant, et après lui, le facilitateur, en porte-à-faux avec la justice constitutionnelle. Cette interférence entre le juge constitutionnel et l'organe international se retrouve à l'occasion du maintien des pouvoirs publics en fonction.

2 – Le renouvellement rivalisé du mandat des pouvoirs publics

Consécutivement au renouvellement du mandat des pouvoirs publics, l'on peut noter qu'il s'agit d'une situation, qui se résout par l'organisation d'élections libres et démocratiques. Or, il était manifestement impossible de procéder par l'élection à ce renouvellement. Se posait avec acuité la question de savoir s'il fallait maintenir les pouvoirs publics, notamment le président de la République et les députés, dans leurs fonctions. Deux ordres de solutions procédant l'une, d'organes internationaux participant au processus électoral, avec en tête de file l'ONU dans le cadre de sa mission de certification et l'autre de la justice constitutionnelle, qui visaient le maintien en fonction des pouvoirs publics, sont entrées en conflit.

L'origine de cette situation de rivalité de solutions, qui mérite d'être substantiellement rappelée, trouve ses ressorts dans l'impossibilité d'organiser aux dates constitutionnellement prévues le renouvellement des mandats des pouvoirs publics. Ainsi souscrivant « à l'observation de la CEDEAO et du Conseil de paix et de sécurité concernant l'expiration du mandat du président (de la République) le 30 octobre 2005 et l'impossibilité d'organiser des élections présidentielles à la date prévue, et à la décision du Conseil de paix et de sécurité, à savoir, notamment, que le président (...) »

demeurera chef de l'État à partir du 31 octobre 2005 pour une période n'excédant pas 12 mois », le Conseil de sécurité de l'ONU a prorogé le mandat présidentiel, une semaine avant la date constitutionnellement prévue pour la tenue de l'élection présidentielle. Cette résolution décide également d'un réaménagement des pouvoirs publics en consacrant la prépondérance du premier ministre sur le président de la République⁸¹. Cette décision de proroger le mandat du président de la République est fondée sur l'application du chapitre VII de la charte de l'ONU. La résolution rappelle la gravité de la situation en Côte d'Ivoire, constitutive d'une menace pour la paix pour justifier la nécessité de prendre une décision de prorogation du mandat présidentiel. Il va sans dire que le raisonnement du Conseil de sécurité a consisté à mettre en balance les conséquences d'une impossibilité de maintien du président de la République en fonction et l'impérieuse préservation de la paix pour espérer voir se tenir les élections. Le Conseil de sécurité s'affiche dans une mission de régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics d'un Etat en crise.

A l'inverse, selon le constitutionnalisme ivoirien, l'impossibilité d'organiser les élections doit relever du constat établi par le juge constitutionnel saisi, sur la base de l'article 38 de la Constitution, par la Commission électorale indépendante. Aussi, en l'absence d'une Commission électorale fonctionnelle, le président de la République faisant usage de ses pouvoirs de crise, comme le lui ouvre droit l'article 48 de la Constitution⁸², s'est substitué à la Commission électorale indépendante pour saisir le Conseil constitutionnel. La réponse, longuement motivée, de la juridiction constitutionnelle fait apparaître que « considérant (...) que le processus électoral est bien engagé (...) néanmoins que la partition du pays et l'impossibilité à ce jour de redéployer l'administration sur toute l'étendue du territoire, ne permettent pas la réalisation des autres opérations préparatoires nécessaires à la tenue du scrutin à la date prévue ; que ces faits sont constitutifs d'événements et de circonstances graves rendant impossible le déroulement normal des élections ». La conséquence immédiate et logique, tombée comme couperet, s'énonçait ainsi qu'il suit : « dans l'attente de la cessation de ces événements graves, d'arrêter les opérations électORALES ». Dès lors, en application de l'article 38, alinéa 3 de la Constitution suscité, le président « demeure en fonction ». Le Conseil constitutionnel n'a pas eu

⁸¹ Voir spécifiquement, Karim DOSSO, « Le Premier Ministre dans la crise ivoirienne », *RRJ-DP*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008-4 ; également, notre article, « La réalité du bicéphalisme du pouvoir exécutif ivoirien », *RFDC*, n° 75, juillet 2008, p. 513-549.

⁸² L'article 48 de la Constitution ivoirienne permet au président de la République d'organiser, en de graves circonstances de crise affectant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, la sauvegarde des institutions. Ce texte, à l'instigation du médiateur de la crise ivoirienne, le président Mbéki THABO, a été déclenché dès le 26 avril 2005.

besoin d'invoquer sa « fonction fondamentale » de régulateur pour se reconnaître compétent ici. L'article 38 prévoit expressément la régulation du fonctionnement d'un pouvoir public, le président de la République, en cas d'impossibilité d'organiser le renouvellement du mandat présidentiel.

Là encore, même si dans une certaine mesure, on en venait à admettre que dans les deux hypothèses, le mandat du président de la République est maintenu, il n'en demeure pas moins que tant organiquement que matériellement, les deux décisions sont en opposition. Les auteurs ne sont évidemment pas les mêmes ; ainsi en est-il des fondements. En effet, il est notable que le juge constitutionnel qui s'est prononcé, une semaine après le Conseil de sécurité de l'ONU et à deux jours de la date prévue pour la tenue de l'élection, n'a pas tenté un dialogue avec l'organisation internationale. Le juge constitutionnel a fait prévaloir la Constitution qu'il a brandie avec autorité. Constatant l'impossibilité de poursuivre les opérations *électorales*, il conclut au bout de son raisonnement syllogistique que le processus électoral doit être arrêté. Avec cet arrêt du processus électoral se termine également la décision du juge. Nulle part n'apparaît dans cette décision, expressément énoncé, le maintien du président de la République dans ses fonctions. Pourtant, la poursuite de la lecture de l'article 38, en son alinéa 3 en l'occurrence, s'imposait donc comme une évidence. Il n'appartenait pas au juge constitutionnel de prononcer ce maintien pour qu'il en soit ainsi. Le président de la République, obligé d'informer la Nation de la décision du Conseil constitutionnel, en tire lui-même les conséquences en demeurant en fonction. Le Conseil constitutionnel s'est montré très scrupuleux dans le respect de la Constitution, son étandard dans ce qui ressemble à une lutte de positionnement avec l'ONUJ.

Le juge constitutionnel réaffirma son positionnement dans un avis émis le 15 décembre 2005 à la demande du président de la République, relativement au maintien en fonction des députés, dont le mandat arrivait à expiration. L'occasion lui avait été donnée de faire allusion à sa « fonction fondamentale » de régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics pour se lancer dans la mobilisation de nouveaux principes constitutionnels, fondant sa solution. Ces derniers sont connus : la continuité des pouvoirs publics, la séparation et l'équilibre des pouvoirs, la démocratie représentative. Le juge constitutionnel a voulu, en démontrant l'imbrication nécessaire des pouvoirs publics, affirmer que le maintien du président de la République en fonction va de pair avec celui des parlementaires.

L'importance de cet avis se mesure à l'aune de la position des organismes internationaux participant au processus électoral. Ceux-ci⁸³ n'étaient pas

⁸³ Voir Jacob ASSOUGBA, *Les acteurs internationaux dans la crise ivoirienne*, Mémoire de DEA, Droit public, UFR SJAP, Université de Cocody-Abidjan, 2004-2005.

favorables au maintien en fonction de l'Assemblée nationale⁸⁴. Cela révèle encore une fois les querelles à distance, par décisions interposées, entre l'ONU et la justice constitutionnelle dans la régulation du fonctionnement des pouvoirs publics en période électorale.

Comme pour répondre au juge constitutionnel, le Conseil de sécurité de l'ONU va procéder une nouvelle fois, par sa résolution 1721 du 1^{er} novembre 2006, au renouvellement, sur proposition du Conseil de paix et de sécurité de l'UA, du mandat présidentiel, à l'exclusion de celui des parlementaires. Cette résolution réaménage également les pouvoirs publics en donnant des pouvoirs encore plus importants au *premier* ministre, qui détient l'essentiel des pouvoirs de l'exécutif ainsi que l'autorité sur les forces armées. L'ONU justifie l'importance des pouvoirs accordés au premier ministre par les entraves à son action en raison de la résistance de l'autorité de la Constitution, qui reconnaît seulement au président de la République une faculté de déléguer ses pouvoirs.

Réponse « du berger à la bergère », le juge constitutionnel ne mit pas longtemps à s'opposer au réaménagement des pouvoirs opérés par le Conseil de sécurité de l'ONU. La question à résoudre cette fois par le Conseil était plus ardue du fait de la nature de l'acte à contrôler. La résolution du Conseil de sécurité est un acte unilatéral d'une organisation internationale, dont l'Etat en question est membre. En cela, on peut trouver dans sa jurisprudence un cas similaire où le juge constitutionnel s'est abstenu d'opérer le contrôle de constitutionnalité⁸⁵. Cette fois, arguant de son pouvoir régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics, le réaménagement des pouvoirs publics a justifié la compétence du Conseil. Au fond, le juge va examiner la conformité de la résolution, d'une part, à la Constitution, et d'autre part, à la charte des Nations unies. Il en résultait que le réaménagement des pouvoirs publics, constitutif selon le juge d'un « régime *sui generis* », au surplus mis en place en violation de la charte des Nations unies, est déclaré contraire à la Constitution ivoirienne. La mission de certification, en cela qu'elle peut permettre au haut représentant pour les élections en Côte d'Ivoire de « méconnaître ou même invalider des décisions du Conseil constitutionnel, contredisant ainsi la Constitution » ne peut prospérer.

Cette décision est un condensé d'audace et d'efforts de construction d'une logique juridique, qui, bon an mal an, mérite d'être saluée. Le contexte de crise explique sans doute cette attitude constante du juge constitutionnel, prenant appui sur son pouvoir de régulation pour interpréter extensivement ses compétences et offrir dans cette querelle démesurée une impressionnante

⁸⁴ Le Parlement ivoirien avait été une poche de résistance à la mise en œuvre de l'accord de Linas-Marcoussis surtout. Ils l'ont exprimé en dénaturant tous les projets de loi que lesdits accords avaient recommandés.

⁸⁵ Décision L 001/99 du 12 février 1999 relative aux résolutions de l'O.I.T.

résistance de la Constitution, qui vient de trouver un gardien certain⁸⁶. Toutefois, la question cruciale reste entièrement posée : la particularité du contexte de crise autorise-t-elle le juge constitutionnel à exercer un tel contrôle qui l'amène à méconnaître la primauté des résolutions du Conseil de sécurité prises sur le fondement du chapitre VII de la charte de l'ONU⁸⁷ ? La réponse est certainement négative⁸⁸ et conforte la primauté de la certification.

B – L'autorité prépondérante du certificateur

Le point focal de la mission de certification est son rapport au contentieux électoral dont le Conseil constitutionnel est, au regard de la Constitution, le juge suprême. L'interférence des compétences des deux organes a plutôt penché en faveur du certificateur. Celui-ci est apparu comme un juge au-dessus du juge du contentieux électoral (1). Il dispose effectivement du pouvoir de dernier mot (2).

1 – Le pouvoir de contrôle du contrôle contentieux

La résolution 1765 du 16 juillet 2007 du Conseil de sécurité de l'ONU prescrivait que le représentant spécial « certifiera que tous les stades du processus électoral fourniront toutes les garanties nécessaires pour la tenue d'élections présidentielles et législatives ouvertes, libres, justes et transparentes, conformément aux normes internationales ». Cette disposition révèle au moins deux choses : l'imprécision des pouvoirs du certificateur et le positionnement de la certification dans le processus électoral.

Relativement aux pouvoirs du certificateur, au regard du contentieux électoral, ils étaient le nœud gordien de l'élection présidentielle de 2010. Leur manque de clarté n'est d'ailleurs pas contesté⁸⁹. Il est, de ce point de vue, regrettable qu'une interprétation authentique de ceux-ci ait fait défaut. A cela s'ajoute les interférences, relevées ci-dessus, des textes et jurisprudences qui régissaient cette élection. A ceux-ci s'accompagnent les vases des compromis politiques qui laissent un arrière goût amer, exprimant en réalité l'opposition ou la contradiction. Un point de la disposition suscitée de la résolution 1765 l'illustre. Il s'agit de l'expression « tous les stades du

⁸⁶ Lire Olivier BEAUD *et al.*, *La controverse sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, collection Colloques, 2007, 216 p.

⁸⁷ Voir Djedjro F. MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2013, p. 539 et s.

⁸⁸ Luc SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle...., op. cit.*, p. 305-310. Pour une analyse spécifique de la question, Bore V. EVENO, « Le contrôle juridictionnel des Résolutions du Conseil de sécurité : vers un constitutionnalisme international », *Revue générale de droit international public*, n° 06/04, 2006, p. 827-860.

⁸⁹ Djedjro F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *op. cit.*, p. 152.

processus électoral... ». Le problème soulevé est principalement celui de la signification du terme « processus électoral ». En réalité, ce terme ne semble pas poser de difficulté particulière d'autant que, nous l'avons noté, il s'agit de l'ensemble des opérations électoralles comprenant l'organisation pratique de l'élection (phase préparatoire), le vote à proprement parler et le contentieux électoral éventuel ponctué par la proclamation définitive des résultats. Le point d'achoppement était de savoir si le contrôle du contentieux électoral, relevant du juge constitutionnel, ferait l'objet de la certification. La disposition sus-rappelée ne livrant aucune précision particulière à ce propos ou ne l'excluant pas, le contrôle contentieux ne devrait pas être exclu.

Concernant le positionnement du certificateur dans le processus électoral, il s'entend *ratione temporis*. Autrement dit, il s'agit du moment où intervient le certificateur dans le processus électoral. Sur ce point aussi, la logique doit être convoquée. Une opération qui doit –à tout le moins– attester de l'authenticité d'un processus se situe postérieurement à ce processus. Ceci revient à dire que le certificateur intervient après que le dernier acteur du processus électoral, le juge constitutionnel, a terminé sa mission⁹⁰. Le doyen Wodié a pu dire à ce propos que « la certification bien que contraignante pour la souveraineté nationale mais voulue et placée à la fin de la procédure, postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel »⁹¹.

Le certificateur interviendra après la proclamation définitive des résultats des premier et deuxième tours. Au premier tour, le certificateur avait retenu que « au total, après une analyse approfondie des résultats définitifs du premier tour de l'élection présidentielle du 31 octobre 2010, je suis arrivé à la conclusion que l'ensemble du processus menant à la proclamation des résultats définitifs était pacifique et démocratique, que les résultats ainsi déclarés ont été déterminés à travers un processus équitable et transparent et que les anomalies et autres irrégularités mineures ainsi que les erreurs (...) ne sont pas de nature à affecter de manière significative les résultats de l'élection dans leur ensemble. En conséquence, (...) je certifie, (...), les résultats définitifs du premier tour de l'élection présidentielle du 31 octobre 2010 ».

Au second tour, la Commission électorale indépendante a transmis les procès-verbaux ainsi que les documents y afférents au Conseil constitutionnel. Son président a proclamé –hors de son siège– les résultats

⁹⁰ Il est bon de rappeler que lors du Conseil permanent de concertation -(CPC) organe de suivi prévu par l'accord politique de Ouagadougou réunissant les leaders politiques ivoiriens et l'ex-rébellion autour du Facilitateur Compaoré- de janvier 2008, les parties avaient convenu que la certification interviendrait *a priori* et *a posteriori* au processus électoral. Voir à ce sujet paragraphe 32 du 16^e rapport (S/2008/250) du secrétaire général des Nations unies sur l'opération des Nations unies en Côte d'Ivoire (ONUCI).

⁹¹ Analyse proposée par le doyen WODIE, dans le quotidien ivoirien *Le Patriote* du 22/12/10.

provisoires au-delà du délai impératif de trois jours prescrit par le Code électoral. Le Conseil constitutionnel, après avoir relevé la carence de la Commission électorale indépendante dans la proclamation des résultats, pouvait donc se prononcer : « après le redressement opéré suite à ces annulations, les résultats du scrutin du 28 novembre 2010 (...) » donnent Gbagbo Laurent, vainqueur et le proclame président de la République.

Intervenant en dernier, le certificateur a déclaré que : « Examinons maintenant les contentieux relatifs aux « irrégularités » portant sur l'élection (...) ayant reçu une copie de ces réclamations, l'ONUCI les a examinées minutieusement. (...) vendredi dernier, j'ai certifié que la proclamation du conseil constitutionnel ne se fondait pas sur des faits. (...) j'ai passé en revue tous les procès verbaux dans les départements concernés et éliminé tous ne portant pas la signature des représentants du camp du président Gbagbo. La conclusion est que même une telle démarche n'altère pas, de manière significative, le résultat du second tour. (...) Sur cette base, je suis absolument certain d'avoir trouvé la vérité concernant la volonté du peuple ivoirien telle qu'exprimée le 28 novembre. (...) le peuple ivoirien a choisi le candidat Alassane Ouattara (...) comme le vainqueur de l'élection présidentielle »⁹².

La mise en œuvre pratique de l'activité du certificateur a donné de voir celui-ci dans une posture –qui a pu surprendre lors du second tour de l'élection présidentielle⁹³– de juge du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur le contentieux électoral. Quelques expressions utilisées par le certificateur le traduisent clairement : « après une analyse approfondie des résultats définitifs » ; « les anomalies et autres irrégularités mineures ainsi que les erreurs (...) ne sont pas de nature à affecter de manière significative les résultats de l'élection dans leur ensemble » ; « Examinons maintenant les contentieux relatifs aux « irrégularités » portant sur l'élection » ; « j'ai passé en revue tous les procès verbaux dans les départements concernés et éliminé tous ne portant pas la signature des représentants du camp du président Gbagbo ».

Il en résulte que « la certification signifie dans ces conditions qu'au-delà du pouvoir juridictionnel, il existe un vrai pouvoir, celui du représentant spécial du secrétaire général des Nations unies »⁹⁴ qui emprunte à la fonction juridictionnelle son langage et quelque peu sa démarche. S'il n'est pas contesté que le certificateur est un pouvoir, il paraît difficile de l'intégrer

⁹² Le bon déroulement du scrutin et la lisibilité des résultats par l'électorat expliquent certainement pourquoi la certification menée est passée inaperçue.

⁹³ Il a été émaillé de tellement de violences et de fraudes qui ne garantissaient pas la lisibilité des résultats, eux-mêmes donnés dans des conditions de suspicion totale.

⁹⁴ Djedjro F MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, *op. cit.*, p. 582.

dans les catégories usuelles de juridiction. En effet, le critère organico-formel le disqualifierait. Cependant, d'un point de vue matériel, une assimilation est tentante. La forme de son raisonnement n'est pas très éloignée de celui du juge. Un juge *sui generis* sans doute.

Force est admettre également que le certificateur est, structurellement, un organe de contrôle qui se superpose au juge constitutionnel. Cette superposition s'illustre par le pouvoir exercé de contrôle de l'activité de contrôle du contentieux électoral mis en œuvre par le juge constitutionnel. En d'autres termes, le certificateur a, au premier comme au second tour de l'élection présidentielle, procédé au contrôle du juge constitutionnel. A travers ce volet, la certification s'appréhende comme une justice au-dessus du juge suprême électoral, c'est-à-dire le Conseil constitutionnel. Ce faisant, la certification pourrait être assimilée à une justice constitutionnelle suprême, quoiqu'inédite et exceptionnelle. Et ce, d'autant que le certificateur a eu le pouvoir du dernier mot du processus électoral.

2 – *Le pouvoir de dernier mot de l'élection*

Ce pouvoir ne résulte pas expressément de la disposition sus-rappelée de la résolution 1765 du Conseil de sécurité. Et, il ne fait aucun doute que cette imprécision en a ajouté à l'incompréhension du rôle du certificateur relativement au contrôle du contentieux déjà exercé par le Conseil constitutionnel. A dire vrai, il est l'une des raisons de la contestation de l'activité de certification du contentieux électoral⁹⁵. La fragilité de la confiance ou la suspicion à l'égard des institutions locales ou internationales, en période de crise ou transitionnelle, ne favorise pas non plus leur crédibilité.

De sorte que, même si le positionnement du certificateur a fini par être accepté, la consistance de la certification, c'est-à-dire les pouvoirs dont dispose le certificateur n'ont pas fait l'unanimité. Pour le doyen Wodié, « la certification (...) placée à la fin de la procédure, postérieurement à la décision du Conseil Constitutionnel, s'offre comme la décision finale »⁹⁶. A l'inverse, le professeur Ouaraga Obou faisait observer que le certificateur « se borne à l'évaluation des procédures et autres modes opératoires et ce, au regard des normes internationales pour des élections démocratiques. C'est dire que la certification du scrutin est à distinguer de celle de la validation, laquelle revient exclusivement ou à part entière au Conseil constitutionnel,

⁹⁵ Voir Franck De Paul TETANG, « De quelques bizarries constitutionnelles relatives à la primauté du droit international dans l'ordre juridique interne : la Côte d'Ivoire et 'l'affaire de l'élection présidentielle' », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/3 n° 91, p. 45-66.

⁹⁶ WODIE, dans le quotidien ivoirien *Le Patriote* du 22/12/10, précitée.

juge de l'élection présidentielle. Cette différence n'est pas de degré. Elle est de nature »⁹⁷.

Ces divergences étaient encore plus la réalité de l'imprécision du contenu de la certification. Toutefois, l'application qui en a été faite indique qu'il s'agit de la décision finale à un double titre. Tout d'abord, par son positionnement, elle intervient en dernier dans le processus électoral. Est-il nécessaire de rappeler qu'aucun autre organe n'est prévu pouvant être saisi en cassation ? Mais surtout, elle est finale car elle a été déterminante voire décisive dans l'élection du président de la République. La certification a consisté en un contrôle de la validité des résultats de l'élection, non sans avoir préalablement examiné les réclamations adressées au juge constitutionnel. Et enfin, pouvait décider le certificateur : « Sur cette base, je suis absolument certain d'avoir trouvé la vérité concernant la volonté du peuple ivoirien telle qu'exprimée le 28 novembre. (...) le peuple ivoirien a choisi le candidat Alassane Ouattara (...) comme le vainqueur de l'élection présidentielle ». L'on peut en inférer que le certificateur s'est imposé dans cette élection comme le gardien de la véritable volonté exprimée par le peuple ivoirien, en déclarant que Ouattara Alassane, choix du peuple ivoirien, est le vainqueur de l'élection présidentielle. Le certificateur a ainsi concrètement supplanté le Conseil constitutionnel. Cela explique que le Conseil constitutionnel ait procédé, plus de six mois plus tard, à une nouvelle proclamation de résultats. En effet, « le juge constitutionnel a été lui-même amené à dire et à se dédire afin que la vérité éclate au grand jour : Alassane Ouattara est finalement proclamé vainqueur de cette élection »⁹⁸. venait ainsi de renverser⁹⁹ les résultats qu'il avait proclamés, en consacrant cette fois les résultats certifiés ; ceux proclamés par le président de la Commission électorale indépendante.

*
* *

La justice constitutionnelle n'a pas fini de susciter des interrogations au regard de l'emploi qu'elle fait, en matière électorale et surtout pendant les périodes d'anormalité, de ses pouvoirs de plus en plus étendus. En fin de

⁹⁷ Obou OURAGA, « La certification du scrutin présidentiel par le représentant spécial du secrétaire général des Nations unies » in le quotidien ivoirien *Fraternité Matin*, n° 13896 du 4 mars 2011. A propos de l'autorité des décisions du juge constitutionnel, lire ADOUKI Delphine E., « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, n° 95, 2013, p. 611-638.

⁹⁸ Djedjro F. MELEDJE, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, précité, p. 607.

⁹⁹ Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 04 mai 2011 portant proclamation de Monsieur Alassane OUATTARA en qualité de président de la République de Côte d'Ivoire.

compte, quelle que soit la forme de la participation électorale internationale, le résultat ne change guère fondamentalement. La justice constitutionnelle sort, dans la plupart des cas, encore plus fragilisée des processus électoraux qu'elle n'en est entrée. Même en période normale, le constat est du même ordre comme on a pu le noter en République démocratique en 2011 et récemment au Burundi. Dans ce dernier contexte, l'essai de la justice constitutionnelle lors des élections générales de 2005, relativement reconduit pour les élections de 2010, n'a pu être transformé en 2015, eu égard à l'interprétation par elle livrée en faveur de la possibilité pour le président Nkurunziza de briguer un troisième mandat. Comme les autres juges constitutionnels en Afrique francophone, sans doute que les pesanteurs, certainement nombreuses, ont fini par avoir raison d'eux. Mais, on peut tout aussi bien se demander si la justice constitutionnelle a pris la pleine mesure des attentes placées en elle, car ses échecs ou ses insuccès dans la dévolution démocratique du pouvoir la situent au cœur de crises qui se paient maintes fois par le sang et les destructions de biens matériels. La justice constitutionnelle a-t-elle les moyens de contribuer à la réalisation d'un service public des élections ? C'est ce qu'on souhaite voir se réaliser en Centrafrique pour l'élection présidentielle à venir où le rôle de la justice constitutionnelle reste déterminant. La justice constitutionnelle aura certainement besoin de compter avec un environnement socio-politique apaisé. Mais un état d'esprit fort et le souci de la rigueur doivent aider le juge constitutionnel à arracher son indépendance. La réflexion sans cesse renouvelée sur la justice constitutionnelle en Afrique francophone continuera encore à apporter les ressorts qui peuvent contribuer à un renforcement de la justice constitutionnelle.

LA CÔTE D'IVOIRE CARCÉRALE DE 1893 A 1958¹

**B. Séraphin Néné Bi,
maître de conférences agrégé à l'Université
Alassane Ouattara de Bouaké**

L'Etat a besoin d'individus productifs et obéissants. Aussi, des structures appropriées sont-elles instituées pour contenir les déviants et les fauteurs de troubles. Parmi ces structures figure la prison qui désigne au sens large « un établissement destiné à détenir les individus privés de leur liberté par l'effet d'une décision de justice » et au sens étroit, « le lieu où s'exécutent l'emprisonnement correctionnel et la détention provisoire (maison d'arrêt) »². Mais aujourd'hui, la prison est dénoncée des points de vue humanitaire et juridique. Pourtant, elle est une réalité immuable, quels que soient les responsables politiques. Nous constatons en outre qu'aucun pays au monde n'a éliminé la prison de son dispositif répressif et que toutes les sociétés ont le droit et le devoir de se protéger des individus dangereux qui violent gravement leurs lois.

Cependant, à l'origine, la prison n'était qu'un lieu de détention très provisoire où les personnes attendaient soit d'être jugées, soit d'être exécutées ou mutilées. C'était une espèce de garderie qui ne posait que des problèmes de sécurité, d'hygiène et de survie des prisonniers. Très vite, la privation de liberté devient une peine avec la naissance du Code pénal français de 1791. La prison châtiment va ainsi couvrir tout le XIX^{ème} siècle et une partie du XX^{ème} siècle. Elle a pour objectif, la neutralisation des délinquants. Elle cherche ainsi à les empêcher de nuire pendant un certain temps en les maintenant derrière les barreaux, et à rassurer les honnêtes gens, satisfaits de savoir à l'ombre des individus qui troublent leur quiétude ; (cherche) en outre, à punir les méchants, et principalement à dissuader les éventuels imitateurs³.

On le voit, la prison est une institution récente, un instrument des Etats modernes pour la mise en pratique de sanctions pénales, découlant des

¹ Ce texte est un article remanié que nous avons publié à la RJPEF n° 3, 2007, sous le nom Nainayby Botthy.

² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2007 p. 647.

³ Roger SCHMELCK et Georges PICCA, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Editions Cujas, 1967, p. 16-17.

orientations et des capacités des sociétés actuelles dans la gestion d'une complexité sociale consolidée, produisant en même temps des individus et des groupes sociaux déviants. Ce lieu de détention pour l'A.O.F., constitue une des innovations majeures y introduites par l'ordre colonial qui se met en place à partir du XIX^{ème} siècle. En témoigne, son appellation dans le Manding : « kaso », déformation du mot français « cachot ». Il existait certes en Afrique noire traditionnelle des modes d'enfermement mais ceux-ci se distinguaient de la prison telle qu'exportée et organisée par les colonisateurs. La période antérieure à l'époque coloniale en effet a été marquée par des systèmes d'isolement singuliers.

Ainsi, « chez les Akan par exemple, lorsqu'un délit vient à être commis, la famille du coupable (...) est aussitôt saisie par la victime ou la famille de celle-ci. Là, se met en place un processus de négociation qui conduira à la réparation du préjudice et au pardon. Les sanctions les plus sévères sont : l'isolement, le bannissement ou la mise à mort. » En pays gouro et en pays guéré, l'individu reconnu coupable, outre les sanctions ayant cours en pays akan, pouvait subir le supplice physique ou le lynchage public ou encore la réduction en captivité ou la vente aux négriers. Tout cela s'opère sous le sceau de la légalité traditionnelle.

C'est à ces modes de sanction des comportements qualifiés infractions et jugés par les colonisateurs de sauvages, qu'est venue se substituer la prison. En effet, « la privation de liberté apparut (...) comme la peine idéale, car elle donnait satisfaction tout à la fois à ceux qui s'élevaient contre le caractère inhumain des châtiments corporels en usage à l'époque et ceux qui, tout en préconisant une grande fermeté dans la répression, estimaient que la peine ne devait pas avoir seulement pour effet de punir, mais qu'elle devait également présenter quelque utilité pour la société », d'une part, et d'autre part, parce que le colonisateur est venu perturber un ordre, « son premier soin est d'assurer sa conquête et de rétablir l'ordre »⁴. On s'est également rendu compte que le colonisateur, réduit à ses propres forces, était incapable de mener à bonne fin la tâche qu'il avait entreprise, sans le secours de la main-d'œuvre indigène, seule utilisable dans des pays où le climat interdit aux Européens le travail manuel. Donc, plus de massacre, ni d'extermination comme aux premières heures de la conquête⁵. Cela passait donc par la mise en place entre autre d'un système juridique colonial dans lequel de nombreuses pratiques indigènes sont considérées comme barbares et donc peu conciliaires avec les civilisations européennes. C'est pourquoi, les pays

⁴ J. VERNIER de BYANS, *Condition juridique et politique des indigènes dans les possessions coloniales*, Paris, Alfred Leclerc, 1906, p. 229.

⁵ *Idem*, p. 7-8.

comme la Côte d'Ivoire que la France a annexés⁶ vont subir le dictat du colonisateur français ; puisque la colonisation est une œuvre très profonde qui doit porter non seulement sur le territoire et sur le sol, mais aussi sur les hommes, sur leurs tendances et leur esprit. Le colonisateur va ainsi être conduit à construire avons-nous noté, un système juridique et judiciaire qui capte l'indigène.

A l'intérieur de ce système, le système pénal, moyen destiné à établir et maintenir l'ordre nouveau créé par le colonisateur et rompu par un certain acte, sera un système très répressif. On comprend dès lors la massification de l'enfermement en Côte d'Ivoire et dans toute l'Afrique subsaharienne. Tous les postes militaires étaient en effet pourvus d'une prison. Cette massification est due aussi à la mission de la colonisation ; elle a été également favorisée par le système politique colonial articulé autour de la mise en place d'un contrôle de plus en plus serré des hommes et des espaces conquis. Mais cette massification de l'enfermement est surtout due au système de l'indigénat. Avant d'être restreint aux fonctionnaires de l'autorité (administrateurs des cercles notamment), ce régime conférait à tous les Européens de la colonie, la possibilité d'infliger aux sujets indigènes plusieurs jours de prison et une amende, en dehors de tout contrôle judiciaire. C'est-à-dire qu'en dehors des infractions prévues par un Code pénal et punies par des tribunaux régulièrement constitués, il existe, dans certaines colonies dont la colonie de Côte d'Ivoire, un certain nombre de délits quasi politiques tout à fait spéciaux à la population indigène et qu'un gouvernement colonial doit se trouver à même de réprimer par des mesures extrajudiciaires⁷. La variété et l'imprécision de la limitation des actes réprimés par cette « justice » laissaient libre cours au règne de l'arbitraire.

La prison constitue un univers social singulièrement englobant. Ses limites matérielles tracent aussi un cadre de vie temporaire spécifique, doté d'une relative autonomie, et un cadre de relations sociales aux dynamiques propres. Aussi, quel était le visage de la prison ? Quels étaient ses traits spécifiques ? Dans les développements ci-après, nous montrerons en quoi la prison est un instrument de politique coloniale, en insistant notamment sur ses missions, son cadre légal et son fonctionnement. Nous détaillerons

⁶ Voir B.S. NENE BI, « Le droit applicable dans la colonie de Côte d'Ivoire », in *RJPEF* n° 1, 2007.

⁷ J. VERNIER de BYANS, *op. cit.*, p. 153. Voir décret du 30 septembre 1887 relatif à la répression par voie disciplinaire, des indigènes du Sénégal et dépendances (dont fait partie la colonie de Côte d'Ivoire) non citoyens français (tous les indigènes originaires de la colonie de Côte d'Ivoire étaient non citoyens français). Voir également, l'arrêté local du 7 septembre 1900 déterminant les pouvoirs répressifs des administrateurs à l'égard des indigènes. *Journal officiel de la Côte d'Ivoire*, p. 3-4.

ensuite les conditions de détention dans les maisons d'arrêt, qui le plus souvent nient les droits humains les plus élémentaires.

I – La prison, instrument de l'ordre colonial

Lorsque la France s'installe à la colonie de Côte d'Ivoire, son premier soin est d'établir un ordre nouveau. Elle se trouve dans la nécessité dès le début de l'occupation, de réprimer les crimes et délits. Or la tâche d'établir un ordre et de le maintenir est un attribut de la souveraineté. Aussi, l'institution pénitentiaire procède-t-elle de l'idée que la prison n'est pas qu'un simple moyen de la politique, mais un élément constitutif de sa structure, qu'elle participe de la définition de ses fins et qu'elle n'est pas dénuée de sens. Il ne s'agit donc pas ici de se demander uniquement ce que fait la prison, mais aussi de tenter de dire ce qu'elle est. L'hypothèse première consiste à penser que l'analyse de la prison permet de comprendre l'Etat colonial par ses rapports à la société colonisée. Une première fonction de l'emprisonnement est de discipliner le salariat et de le forcer à accepter l'emploi précaire et désocialisé. Une seconde fonction, qui est très importante également, qui est proprement politique, et qui renvoie à l'enfermement d'autorité est de réaffirmer la légitimité de l'Etat colonial et compenser le déficit de légitimité dont souffrent les colons européens, justement du fait qu'ils organisent l'exploitation économique, politique et sociale de la colonie. C'est parce qu'elle se voue à la protection et à la légitimation de la société coloniale qu'elle se charge du maintien de l'ordre. La prison permet de comprendre que l'ordre social visé par l'Etat colonial n'a pas pour objectif l'harmonie sociale préexistante. La prison est là pour pacifier le pays et discipliner les colonisés.

A - *La prison, une institution disciplinaire et sécuritaire*

Tout se passe comme si la prison était devenue un instrument de maîtrise sociale là où les structures ordinaires sont en échec. Elle reste dans une optique de maîtrise des indésirables, pauvres et rebelles de la société coloniale. Aussi, son organisation vise-t-elle un contrôle du prisonnier par une surveillance visible de tous les instants. Le but de l'institution consiste à discipliner les détenus pour « fabriquer » des individus utiles et dociles, à intégrer, « dresser » les masses des colonisés et rassurer les colons qui sont en très petit nombre dans la colonie⁸.

⁸ Le climat tropical n'est pas favorable à l'établissement de ressortissants européens en grand nombre dans les colonies d'Afrique. D'ailleurs, ceux qui désiraient s'établir en Afrique étaient invités à subir un test physique.

1 - Une institution disciplinaire

La punition doit avoir une fonction première de châtiment, mais d'une manière indispensable et complémentaire, une fonction d'éducation ou de rééducation, de correction, dans le but de rendre meilleur d'insérer dans la société coloniale.

a - Correction et éducation

Lorsqu'un acte est commis ou tenté et qu'il viole ou est susceptible de violer l'ordre colonial, il importe que ce fait attire l'attention des autorités publiques. Celles-ci marquent, par des moyens appropriés et efficaces, l'importance qu'elles attachent à ce que leurs prescriptions soient respectées et que de nouvelles infractions soient évitées. « La mise en œuvre de la privation de liberté, que celle-ci soit envisagée à titre préventif ou en vue de l'exécution d'une peine, suppose une infrastructure matérielle, la prison. »⁹.

En prison, la discipline est de mise. C'est pourquoi, « tous les cris et chants, toute réunion en groupes bruyants, tous actes individuels de nature à troubler le bon ordre sont interdits aux détenus » (art. 20 a de l'arrêté de 1916). Et encore, « l'appel des détenus aura lieu le matin au réveil et le soir après le repas, au moment de la fermeture ».

Les surveillants doivent en outre, s'assurer fréquemment de leur présence, soit dans les locaux de la prison, soit sur les travaux ou chantiers où les condamnés doivent être l'objet d'une stricte surveillance (art. 27 de l'arrêté de 1916 précité). Et pour tous les détenus récalcitrants et rebelles aux règlements intérieurs des prisons se verront infligés des peines disciplinaires (art. 33 de l'arrêté de 1916 précité). Ce traitement du condamné a pour fin son amendement et sa resocialisation¹⁰.

Cependant, loin de le resocialiser, l'enfermement provoquait en lui une déculturation entraînant son incapacité à se réadapter à la société ambiante puisqu'il était traité sévèrement¹¹ et souvent battu par les gardes de milice chargés de surveillance, et cela contrairement aux prescriptions de la circulaire Roberdeau du 14 septembre 1900 au sujet des pouvoirs répressifs des administrateurs et des chefs de poste en matière de police judiciaire et de l'indigénat¹². Or, « l'éducation est une maîtresse douée et insinuante, ennemie de la violence et de la contrainte, qui aime à n'agir que par voie de

⁹ *Idem*, p. 147.

¹⁰ P.V. de la réunion du 22 juillet 1919 de la commission de surveillance de la prison de Bassam. Point 4.

¹¹ Circulaire ROBERDEAU du 14 septembre 1900 au sujet des pouvoirs répressifs des administrateurs et chefs de poste en matière de police judiciaire et de l'indigénat. *JOCI* du 15 septembre 1900, p. 6.

¹² *Ibidem*.

persuasion, qui s'applique à faire goûter ses instructions en parlant toujours raison et vérité »¹³.

b - Une obligation de travailler

Tout indigène condamné a l'obligation de travailler¹⁴. Suivant l'article 15 de l'arrêté de 1896 : « les condamnés sont astreints aux corvées et aux travaux extérieurs». Cette disposition sera reprise par tous les textes ultérieurs notamment, l'article 1^{er} de l'arrêté du 13 août 1920 : « il est constitué un chantier de main-d'œuvre pénale composé de soixante hommes qui seront employés à des travaux de cassage de cailloux pour le ballastage de la voie ferrée ».

L'article 1^{er} de l'arrêté du 22 janvier 1927 : « le travail est obligatoire dans les prisons de l'Afrique occidentale française pour tous les condamnés de droit commun, pour les condamnés des conseils de guerre qui purgent leur peine dans les prisons administratives et pour les indigènes punis disciplinairement. Il est facultatif pour les accusés et prévenus ainsi que pour les condamnés pour dettes... ». A la vérité, il était tout aussi obligatoire pour ces derniers (accusés, prévenus et condamnés pour dettes). Le travail effectué par les Européens et assimilés était le seul payé mais, sous payé : 2 francs 50¹⁵. Par un autre arrêté, celui n° 2798 AG du 2 novembre 1931 portant autorisation de cession de main-d'œuvre pénale aux communes mixtes de Grand Bassam et d'Abidjan, des cessions de main-d'œuvre sont consenties par la colonie au profit des communes de Grand Bassam et d'Abidjan pour leur travaux d'édition.

L'article 3 du même arrêté dispose : « en dehors des corvées du service des prisons, le travail des détenus peut consister: a) en des travaux d'atelier à l'intérieur des locaux de détention ; b) en des travaux à l'extérieur, soit sur des chantiers publics, soit par cession de main-d'œuvre à des exploitations privées... »¹⁶ ; Ce travail est organisé par le régisseur de la prison selon les instructions de l'administrateur. Il commence tous les jours à 6 heures pour s'achever à 18 heures avec une pause de deux heures entre midi et quatorze heures (arrêté de 1916)¹⁷. En 1951, la journée du dimanche sera exclue des jours de travail.

¹³ *Dictionnaire, Le Littré*, p. 1934.

¹⁴ Même les punis disciplinaires sont employés à des corvées et des travaux d'utilité publique (art. 47 de l'arrêté de 1916).

¹⁵ Art. 2 de L'arrêté de 1931, *JOCI* 1931.

¹⁶ Les condamnés européens ou assimilés n'y peuvent être employés que sur leur demande » (article 3. b) arrêté du 22 janvier 1927 relatif au travail dans les prisons de l'AOF. *JOAOF*, 1927 p. 208).

¹⁷ Cet arrêté en réalité modifie en augmentant le temps de travail tel que défini et organisé par l'article 11 de l'arrêté de 1896.

On le voit, l'introduction du travail dans les prisons obéissait à deux impératifs : il devait être à la fois élément d'équilibre budgétaire -de sorte que l'entretien du détenu coûte le moins cher possible au contribuable- et instrument d'éducation, de correction des détenus. Par le travail, le délinquant payait en prison une dette à la société coloniale tout entière que son comportement avait lésée et contribuait au progrès de l'économie coloniale par l'ouverture des voies de communication et d'exploitation des crus du pays. Par le biais de la prison, l'Etat colonial tirait profit de la « criminalité » indigène.

2 - *Un instrument de sécurité*

La prison dans son dispositif sécuritaire, est d'abord la transcription matérielle et légale de la « lutte » ou de la « guerre » contre les ennemis de l'ordre public de l'intérieur, c'est-à-dire contre les délinquants. La prison, en effet, par de multiples aspects, est un véritable dispositif guerrier. L'objectif premier, implicite aussi bien qu'explicite de tout gestionnaire d'une prison, est d'assurer la sécurité de la société extérieure, en prévenant les évasions et aussi en assurant le maintien de l'ordre à l'intérieur, notamment en prévenant les émeutes ou autres formes d'explosions de désordres. Neutraliser les délinquants, les maintenir au quotidien désarmés, est la tâche essentielle des personnels de surveillance et de leur hiérarchie. En cela, l'objectif de défense sociale et celui de sûreté dominant, prenant le pas sur toute autre considération ou objectif¹⁸. En témoignent, la circulaire Roberdeau du 14 septembre 1900 précitée qui stipule : « ils (les détenus indigènes) seront enfermés dans un logement sûr, d'où ils ne pourront s'échapper, car... l'emploi des cordes est rigoureusement interdit pour les garder. » et l'article 12 de l'arrêté de 1916 qui, lui, impose au régisseur de la prison de s'assurer « chaque soir, que les détenus n'ont point avec eux des objets prohibés tels que couteaux, outils, allumettes, cordes, enfin tout ce qui pourrait favoriser leur évasion ». Il fera en outre, au moins une ronde par nuit pour s'assurer de leur tranquillité.

La prison en cela, emprunte à l'armée certains traits de son organisation. Elle emploie la plupart des moyens guerriers. Ainsi, la structure hiérarchique est de type paramilitaire. Cette structure ne doit pas être assimilée simplement à un moyen de gestion des ressources humaines et de sanction des surveillants (bien que cela puisse être une de ses conséquences). Elle est d'abord une structure d'intervention et de contrôle de la prison, liée à la mission sécuritaire de celle-ci. La structure hiérarchique des prisons est avant

¹⁸ Gilles CHANTRAIN, « Prison et regard sociologie (mai 2004). Pour un décentrage de l'analyse critique » sur <http://champpenal.revues.org/index.html>, vol 1 (2004) Champpenal. 6/12/2006.

tout une structure de contrôle des crises ; comme telle, elle doit permettre de mobiliser le plus rapidement possible l'ensemble de l'organisation et ses agents en cas d'incident. Elle exige dans ce but, la disponibilité, la mobilité, la discipline individuelle et collective des agents d'exécution, la centralisation de l'autorité et de l'information.

La mission de sécurité de l'administration pénitentiaire consiste à assurer une sécurité optimale au sein des établissements pénitentiaires, en prévenant les évasions, les mutineries, les agressions envers le personnel, mais aussi les suicides et les violences carcérales. Telles sont les prescriptions des différents arrêtés organisant les prisons de la colonie.

3 - L'organisation des prisons de la colonie

Jusqu'en 1926, l'administration coloniale fut contrainte d'appliquer une politique carcérale très décentralisée ; les lieux d'incarcération formant un maillage territorial étendu et serré. L'application systématique de l'indigénat¹⁹ et la rigueur dans la répression des délits et crimes par les tribunaux, politique nécessaire à l'affirmation de l'autorité coloniale, le manque de moyens de communication rendant le déplacement des détenus difficile à assurer, ont fait de toutes les agglomérations, siège d'une autorité coloniale effective, des lieux de détention. La prison peut être ainsi une case en paille dans les villages centres ou en construction en dur dans les grands centres urbains.

La première organisation des prisons se fait trois ans après l'érection de la Côte d'Ivoire en colonie autonome²⁰ c'est-à-dire en 1896 ; précisément par le moyen de l'arrêté du gouverneur de la Côte d'Ivoire daté du 6 mai 1896²¹. En 1916, l'arrêté local n° 347 A du 27 mai courant va prendre le relais pour réorganiser le service de la prison de Grand-Bassam et des prisons de la colonie. Mais il faudra attendre 1951 par le biais de l'arrêté local n° 134 A.P.B, pour que soit arrêté définitivement l'organisation des prisons de la colonie²².

¹⁹ Voir arrêté local du 7 septembre 1900 déterminant les pouvoirs répressifs des administrateurs à l'égard des indigènes, *JOCI* du 15/09/1900 p. 3-4 ; voir également les annexes 3 et 5.

²⁰ C'est en effet un décret du 10 mars 1893 qui crée la colonie autonome de Côte d'Ivoire.

²¹ A cette date, il n'y avait à proprement parler qu'une seule prison en Côte d'Ivoire. Celle de Grand Bassam. Car la France officielle se trouvait seulement sur la côte Est de la colonie. Tout l'intérieur du territoire étant inconnu, terra incognita.

²² Cet arrêté restera en vigueur jusqu'en 1969, date à laquelle la République de Côte d'Ivoire va se doter d'un texte en la matière, et ce par le biais du décret n° 69-189 du 14 mai 1969 portant réglementation des établissements pénitentiaires et fixant les modalités d'exécution des peines privatives de liberté.

a - L'espace carcéral

L'arrêté de 1896 n'organise pas l'espace carcéral. Il se contente de décrire les obligations du régisseur et les travaux auxquels sont astreints les prisonniers. Ceci s'explique par le fait que la colonie n'est pas encore « pacifiée » et « les divers arrêtés et circulaires pris depuis 1896 pour régler le fonctionnement des geôles de la Côte d'Ivoire, sont en effet incomplets ; plusieurs dispositions qu'ils édictent sont inapplicables ou caduques »²³. Il faut attendre 1916, date de l'achèvement de la conquête du pays, pour voir une première organisation véritable des prisons de la colonie, singulièrement celle de Grand-Bassam.

Aussi, aux termes de l'article 1^{er} dudit arrêté : « la prison de Grand-Bassam sert de maison d'arrêt et de maison de justice. Aucune maison centrale n'existant dans la colonie, elle reçoit toutes les catégories de détenus, aussi bien les prévenus et accusés, que les individus condamnés par les tribunaux de répression civils et militaires ». Les militaires non exclus purgent leur peine dans un local séparé des autres. Les Européens sont détenus dans des locaux séparés des indigènes. Dans chaque catégorie, les détenus des deux sexes seront séparés. Ce qui n'était pas le cas précédemment comme en témoigne la circulaire du gouverneur Clozel du 15 mars 1907 dans laquelle il déplore l'inexistence de locaux pour les femmes et les chefs indigènes qui se trouvent ainsi incarcérés dans les locaux communs. Les punis disciplinaires n'étant pas des condamnés de droit commun, purgent leur punition dans des locaux spéciaux. Exceptionnellement, ils sont reçus dans les prisons ordinaires ; mais séjournent alors dans une partie de la prison séparée par une barrière ou par un mur des locaux affectés aux autres détenus (art. 47 de l'arrêté de 1916). Quant aux prisons de l'intérieur, les dispositions de l'arrêté de 1916 leur sont étendues dans la mesure du possible. En d'autres termes, le soin est laissé aux administrateurs des cercles de choisir le moment qu'ils jugeront bon pour appliquer l'arrêté.

En 1945, le développement des infrastructures a pour conséquence, une certaine centralisation des structures carcérales. En 1951, les établissements pénitentiaires de la Côte d'Ivoire; sont divisés en quatre catégories : les maisons d'arrêt et de justice dans chaque centre où fonctionne un tribunal de première instance ou une justice de paix à compétence étendue ; les prisons des cercles ; les prisons des subdivisions ; éventuellement au chef-lieu, une prison centrale de correction destinée à recevoir les condamnés à longues peines, les récidivistes incorrigibles, les individus considérés comme dangereux et les condamnés à la réclusion et aux travaux forcés (art. 1^{er}).

Aux termes de l'article 4 dudit arrêté, chaque prison « comprend deux quartiers distincts : l'un, pour les détenus de statut civil africain et l'autre,

²³ Rapport du gouverneur en conseil d'administration de la colonie, non daté.

pour les détenus de statut civil français et assimilés. Chaque quartier est lui-même divisé en sous quartiers pour les hommes et pour les femmes, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir aucune communication entre eux ». On le voit, il n'y a rien de prévu pour les mineurs condamnés.

A l'intérieur de chacun des sous quartiers, les prisonniers sont séparés, dans la mesure où le permettent les locaux et le nombre des surveillants, suivant leur catégorie. En pratique, les locaux sont si exigu pour le nombre pléthorique de détenus et le nombre de surveillants étant partout insuffisant, que les détenus de statut civil africain, se trouvent placés sous le régime de l'emprisonnement en commun. En sus, dans chaque prison, il existe des cellules destinées à recevoir les détenus punis pour faute contre la discipline de la prison.

L'espace ainsi organisé est dirigé par un personnel.

b - Le personnel de la prison

Le personnel de la prison en Côte d'Ivoire a vu sa composition évoluer avec le temps et avec l'emprise de l'Etat colonial sur les individus. Cependant, pour l'essentiel, durant toute la période de l'étude, le personnel de la prison comprend, outre le régisseur de la prison, le personnel affecté à la prison, ainsi que les agents de police affectés à la surveillance des condamnés. Une commission de surveillance contrôle la gestion des prisons. Elle a pour mission de surveiller et de contrôler les conditions de détention des détenus.

- Le régisseur

Le régisseur a l'administration de l'établissement dont il a la charge. Il est pour ce faire, chargé de la garde et de la surveillance des détenus, du maintien de l'ordre et de la discipline, de l'entretien et de la nourriture des détenus, de la propreté intérieure des locaux, de la comptabilité, de la tenue des registres. Il est seul responsable vis-à-vis de l'autorité dont il relève.

Il est chargé en outre, de la comptabilité de la prison en ce qui concerne les vivres, l'habillement et l'emploi des détenus aux travaux. Il prend à ce sujet les ordres du secrétaire général de la colonie. Il dispose d'un pouvoir de discipline en ce qu'il peut prononcer « provisoirement contre les détenus dont la conduite laissera à désirer, la mise aux fers... » et d'un pouvoir de surveillance générale puisqu'il « s'assurera chaque soir que les détenus n'ont point sur eux des objets prohibés, tels que les couteaux, outils, allumettes, cordes, enfin, tout ce qui pourrait favoriser leur évasion ». Il fera au moins une ronde par nuit pour s'assurer de la tranquillité des prisonniers. Le régisseur de la prison devra tenir deux registres d'écrou : un pour les

prévenus, un pour les condamnés²⁴; ils seront signés et parafés, à toutes les pages, le premier par le juge de paix à compétence étendue, le second par le secrétaire général. Le régisseur de la prison a sous ses ordres le personnel affecté à la prison, ainsi que les agents de police affectés à la surveillance des condamnés. Tout le personnel de la prison lui est subordonné et lui doit obéissance.

En ce qui concerne ses obligations, le régisseur ne pourra, sous peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi. Le régisseur est placé sous la surveillance du chef de bureau chargé de l'administration générale et de la prison.

Jusqu'en 1951, c'est le commissaire de police de Grand-Bassam qui joue le rôle de régisseur de la prison de Grand-Bassam (art. 1^{er} de l'arrêté de 1896 et art. 2 de l'arrêté de 1916). Dans les prisons de l'intérieur, ce rôle est joué par un agent désigné par l'administrateur du cercle (art. 45 arrêté de 1916). Avec l'arrêté de 1951, dans les prisons de première et quatrième catégories, le régisseur est nommé par le chef du territoire et placé sous l'autorité et le contrôle du commandant de cercle.

- Les gardiens ou surveillants

Les gardiens de prisons sont des gardes de cercle soustraits momentanément du peloton qui, dans chaque circonscription est mis à la disposition des administrateurs. Les gardiens et les gardiennes²⁵ veillent à la bonne exécution des ordres qui leurs sont donnés. Ils rendent compte sans délai de toute infraction aux règlements et aux ordres reçus (art. 9 de l'arrêté de 1951). Ces gardiens sont nommés par l'autorité administrative (art. 606 du Code d'instruction criminelle).

Les gardiens des maisons d'arrêt, des maisons de justice et des prisons seront tenus d'avoir un registre. Ce registre sera signé et paraphé à toutes les pages, par le juge d'instruction pour les maisons d'arrêt ; par le président de la Cour d'assises, ou en son absence par le président du Tribunal de première instance, pour les maisons de justice, et par « le Gouverneur » pour les prisons de peines (art. 607 du Code d'instruction criminelle). « Le registre ci-dessus mentionné contiendra également, en marge de l'acte de remise, la date de la sortie du prisonnier, ainsi que l'ordonnance, l'arrêt ou le jugement en vertu duquel elle aura lieu » (art. 610 du Code d'instruction criminelle).

²⁴ Avec l'arrêté de 1916, le nombre de registres passe de deux à quatre. En sus des deux dont il est fait mention ci-dessus, les deux autres registres sont réservés l'un pour la contrainte par corps, l'autre, pour les ordonnances de prise de corps.

²⁵ A défaut de gardienne, toute autre femme agréée par l'administration et en particulier la femme du gardien, peut y suppléer (art. 9 *in fine*).

L'art. 609 du Code d'instruction criminelle dispose : « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi, soit d'une ordonnance de renvoi devant une Cour d'assises, d'un décret d'accusation, ou d'un arrêt ou jugement de condamnation à une peine afflutive ou à un emprisonnement, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre. »²⁶

Dans les prisons importantes, il existe un gardien chef chargé, sous l'autorité du régisseur de la prison, d'assurer la garde des détenus, le maintien du bon ordre et de la discipline, l'exécution du service de propriété dans toutes les parties de l'établissement et de diriger tous les détails du service de la prison. « Les agents de la surveillance, quel que soit leur grade, sont responsables des évasions imputables à leur négligence, sans préjudice des poursuites dont ils pourraient être passibles par application des articles 237 et suivants du Code pénal. » (arrêté de 1951). Il existe en outre dans ces prisons, un greffier spécialement chargé sous les ordres du régisseur de la prison, de la comptabilité, de la tenue des registres d'écrou et des écritures de toute nature se rapportant à l'administration de la prison. A défaut de greffier, un commis, désigné par décision du chef du territoire est chargé de ces attributions.

- Le contrôle de la gestion des prisons et de l'exécution des peines

Les visites et contrôles par les autorités des établissements pénitentiaires ont été expressément prévus par les textes. On constate que les autorités chargées d'effectuer les visites et les contrôles sont nombreuses. Ce sont précisément : le juge d'instruction ; le procureur général qui a la surveillance des prisons et tient la main à ce que personne n'y soit détenu illégalement (art. 605 *in fine* du Code d'instruction criminelle)²⁷ ; le gouverneur ; la commission de surveillance qui se réunit « la première semaine de chaque mois, sur la convocation de son Président. Après avoir passé l'inspection de la prison, et recueilli les réclamations qui peuvent lui être soumises, elle dresse un procès-verbal dans lequel elle consigne toutes les observations et qui est ensuite transmis à M. le secrétaire général. » (art. 3 arrêté du 22 janvier 1903 instituant une commission de surveillance près la prison de Grand Bassam. *JOCI* 31 janvier 1903). Quant à l'arrêté de 1951 en son article 122, il dispose : « la commission se réunit au moins une fois par semestre sur

²⁶ Voir également les articles 34 et 35 de l'arrêté de 1916 et l'article 9 de l'arrêté de 1951.

²⁷ Cf. circulaire du procureur général à MM. les procureurs de la République du ressort sur les visites périodiques des prisons par les chefs de parquet, du 14 janvier 1939 in *CPP* p. 201-202.

la convocation de son président et le plus souvent si celui-ci le juge nécessaire... »

On le voit, la mission de ces autorités est assez limitée dans le temps. En effet, suivant l'art. 611 du Code d'instruction criminelle, « le juge d'instruction est tenu de visiter au moins une fois par mois, les personnes retenues dans la maison d'arrêt de l'arrondissement. Une fois au moins dans le cours de la session de la Cour d'assises, le président de cette Cour est tenu de visiter les personnes retenues dans la maison de justice. Le gouverneur est tenu de visiter, au moins une fois par an, toutes les maisons de justice et prisons, et tous les prisonniers de la colonie ».

La mention « au moins... » offre une occasion aux magistrats de consacrer peu de temps à l'exécution des peines d'emprisonnement qu'ils prononcent. Cette expression peut parfaitement s'interpréter de la façon suivante : « plusieurs visites sont recommandées, mais une seule peut suffire ». Or la logique veut que les contrôles soient réguliers pour permettre aux pouvoirs publics de s'assurer de la mise en œuvre des directives qu'ils ont eux-mêmes élaborées.

Alors que les prisons sont soumises en théorie à une série de contrôles, dans les faits, les inspections inspectent peu, les commissions de surveillance ne surveillent pas grand-chose et font des rapports souvent complaisants²⁸ comme en témoignent les rapports des 16 octobre 1918 et 22 juillet 1919 contredits par les diagnostics des médecins chefs d'ambulance²⁹ et des observations du procureur de la république datées du 18 juillet 1918. Les magistrats du parquet répugnent le plus souvent à se rendre en prison et ceux qui y envoient les prévenus n'y mettent que rarement les pieds. Le contrôle extérieur sur le monde clos des prisons apparaît donc singulièrement inefficace. Ces négligences sont autant de facteurs qui contribuent à la dégradation des conditions de détention et, par voie de conséquence, du cadre de travail de toutes les personnes intervenant en prison.

B - La prison, instrument de légitimation de l'ordre colonial

Les établissements pénitentiaires, de par leur valeur de symbole, de représentation 'de la souveraineté de l'Etat colonial, et d'éléments marquants

²⁸ La complaisance des rapports de la commission de surveillance ne devrait pas surprendre vu sa composition. Elle est composée en effet, suivant l'article 1^{er} de l'arrêté n° 348A du 27 mai 1916 portant institution d'une commission de surveillance près la prison de Bassam (la principale prison) : « du secrétaire général de la colonie ou son délégué, président ; du procureur de la République ; du médecin de Grand-Bassam ; de l'agent du service des travaux publics à Grand-Bassam ; du commissaire de police de Grand-Bassam, secrétaire avec voix consultative. » *JOCI* 1916, p. 316-317. Voir également arrêté du 1951 : article 120. *JOCI* 1951 p. 343.

²⁹ Il s'agit des rapports des médecins chefs d'ambulance du 27 novembre 1917, du 6 août 1919, à cela, on peut citer la circulaire du lieutenant gouverneur datée du 19 juillet 1910.

de la vie d'un homme, d'une communauté, se doivent d'être à l'image de ce que l'autorité veut donner comme exemple du pouvoir de l'institution.

1 - Légitimation de la mission « civilisatrice »

Cette mission civilisatrice se caractérise par la politique d'assujettissement, puis d'assimilation suivie de celle de l'association pratiquées par le colonisateur et ce, par le moyen d'une législation fort répressive. En témoigne, le régime de l'indigénat. Le régime de l'indigénat résulte de la substitution du droit positif aux droits africains existants. Il vise à réprimer les infractions commises par les indigènes par voie disciplinaire. Il est orienté principalement vers la défense de l'ordre public colonial établi.

On le voit, la prison est au cœur d'un processus de légitimation de l'Etat colonial aux yeux de la société colonisée. Elle est un mécanisme de légitimation du discours de l'Etat colonial qui entre en conflit avec les valeurs sociales fondamentales des sociétés colonisées. En effet, si « d'une manière générale, les sanctions n'excédaient pas quinze jours de prison, ... en cas de rébellion ou d'insurrection contre l'autorité coloniale, par des actes qui n'étaient pas prévus par les lois pénales en vigueur, les gouverneurs et commissaires de la République avaient le pouvoir de prononcer une peine d'internement pouvant aller jusqu'à dix ans ! Les indigènes seuls étaient soumis à ce régime, les citoyens français en étaient exclus »³⁰. Ceci explique pourquoi la population carcérale est essentiellement indigène.

2 - Une population carcérale « indigénisée »

La population carcérale est formée de prévenus et de condamnés. Selon l'article 3 de l'arrêté de 1951 (reprenant et complétant l'article 5 de l'arrêté de 1916), « les établissements pénitentiaires reçoivent : les prévenus et accusés, les condamnés de droit commun âgés de plus de seize ans ; les prévenus et les condamnés militaires ; les marins punis en exécution du code disciplinaire et pénal de la marine marchande ; les condamnés politiques ; les relégués et les condamnés aux travaux forcés ; les contraignables par corps (qui au regard de l'article 1^{er} de l'arrêté réglementant la contrainte par corps, sont les indigènes justiciables des tribunaux indigènes) ; les transférés de passage dans la circonscription ; les mineurs détenus par mesure de correction. En aucun cas, un aliéné ne peut être mis en prison ».

La population incarcérée est largement masculine et issue des classes indigènes populaires. En effet, les prisons de l'intérieur du pays (situation géographique par rapport à Grand-Bassam la capitale qui se trouve sur le

³⁰ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, (préface de P. BONNEL), Paris, édition A. Pedone, 1974, p. 59.

littoral), contiennent essentiellement les détenus de la juridiction indigène et de l'indigénat³¹ puisque l'indigénat a pour but de réprimer, rapidement, au moment même où elles se commettent, si possible, sans être arrêté par des détails toujours longs de procédure, une série d'infractions spéciales dont les indigènes se rendent fréquemment coupables. L'indigénat ne s'applique qu'aux indigènes ne bénéficiant pas d'un statut métropolitain et il permet de ne réprimer que les infractions limitativement énumérées, soit par arrêté du gouverneur général de l'AOF du 14 septembre 1907, soit aux arrêtés du gouverneur ayant prévu ce mode spécial de répression. A ces textes, on pourrait ajouter le décret Millerand du 29 mars 1923 portant répression du vagabondage en Afrique occidentale française et promulgué par arrêté du 28 avril 1923.

Mais que d'abus ! Les indigènes sont souvent abusivement incarcérés ; tel est le cas dans diverses affaires rapportées par le parquet général de la Cour d'appel de Dakar en réponse aux états et rapports concernant le fonctionnement de la justice indigène dans la colonie de Côte d'Ivoire au cours du 1^{er} trimestre 1912, notamment l'incarcération jusqu'à restitution de toutes les armes recelées. « Le décret ne me semble pas prévoir cette... sanction » écrit le procureur Legendre.

Si bien que le gouverneur Angoulvant s'est senti obligé d'écrire dans une circulaire que « tous les paragraphes de ces arrêtés doivent être compris dans leur sens restrictif et il ne vous (administrateurs) est pas permis, par extension abusive du texte, d'étendre votre compétence et de punir par exemple, les coups et blessures, les vols simples, etc. »³² En plus « quelques erreurs ont été relevées encore et elles paraissent provenir d'une compréhension inexacte du régime disciplinaire de l'indigénat. Certains en effet, (...) englobant les pouvoirs disciplinaires dans le terme générique de justice indigène, les confondent avec le droit de répression qui appartient aux tribunaux indigènes de par le décret du 10 novembre 1903. Des applications illégales ou abusives découlent de cette fâcheuse confusion. Confusions rendues possibles par le fait que les administrateurs étaient également juges. » C'est pourquoi, « je désire, afin de me rendre bien compte de la façon dont vous comprenez et faites usage de vos pouvoirs disciplinaires, que vous me donniez, pour chaque infraction réprimée, un compte rendu plus détaillé que le laconique relevé que vous m'adressiez jusqu'à ce jour.. » On le voit, l'indigénisation des prisons a été favorisée par le régime de l'indigénat car les hommes se débarrassent avec peine des préjugés que créent l'atavisme et l'éducation³³.

³¹ Rapport du conseil d'administration. Séance du 27 mai 1916.

³² Circulaire n° 258 BIS sur l'exercice des pouvoirs disciplinaires, *JOCI* 1912, p. 432.

³³ J. VERNIER de BYANS, *op. cit.*, p. 13.

Les femmes sont peu nombreuses en prison. Malgré leur faible nombre, elles n'échappent pas à la surpopulation. Deux principaux motifs expliquent la présence de ces femmes en prison : les infractions à la législation sur les traites des enfants et les crimes de sang. Très souvent, elles y sont en tant que « complices » ; elles ont refusé de parler pour couvrir leur mari, leur compagnon.

Il est impossible dans l'état actuel des recherches, d'établir des séries statistiques cohérentes et continues sur la population carcérale de la colonie de Côte d'Ivoire et partant de l'AOF ; en revanche, les préoccupations aux divers échelons de l'administration, telles qu'elles se reflètent dans les rapports périodiques où les enquêtes disponibles, rendent compte des problèmes rencontrés par l'administration par le fait du nombre élevé de détenus dans les différents lieux d'incarcération. Ce qui apparaît moins dans ces rapports, ce sont les traumatismes vécus par les populations exposées à ces sanctions privatives de libertés, régies par le bon vouloir du détenteur de l'autorité publique tant au niveau local que central.

La population carcérale est essentiellement composée d'indigènes avons-nous dit ; le droit colonial d'inspiration métropolitaine étant non seulement méconnu des indigènes, mais est aussi un droit discriminatoire à leur égard et ne respectant pas leur dignité, leur condition d'homme. Albert Sarraut, ancien ministre des colonies ne disait-il pas : « ne rusons pas, ne trichons pas. A quoi bon farder la vérité ? La colonisation, au début, n'a pas été un acte de civilisation, une volonté de civilisation. Elle est un acte de force, de force intéressée »³⁴. Cette réalité est vécue avec plus de traumatisme à l'intérieur des prisons qui sont en fait des sphères de non droit.

II – La prison, espace de déstructuration de la société indigène

Coupé du reste du monde et de l'appareil judiciaire, le système pénitentiaire dans la colonie souffre de son archaïsme et de l'insuffisance des ressources. Les crédits et le personnel manquent. Les prisons de la colonie sont surpeuplées. Bien évidemment, cela cause des difficultés en matière de direction des établissements, non seulement sur le plan des conditions de vie des détenus, mais aussi sur le plan de la sécurité, des programmes de réhabilitation ainsi que dans le domaine de l'administration générale. L'augmentation de la population pénale, la vétusté de nombreux établissements pénitentiaires méritent que l'on s'interroge sur les conditions d'exécution des peines privatives de liberté. Les conditions de vie dans les prisons sont loin d'être idéales. Les droits élémentaires de la personne y sont régulièrement bafoués et l'intégrité physique et mentale du détenu n'y est pas

³⁴ Nicolas BANCEL, Pascal BLANCHARD et Françoise VERGES, *La colonisation française*, Toulouse, éditions Milan, 2007, p. 14.

garantie. Et ce, en refusant aux détenus la possibilité de s'organiser au grand jour, en les privant du droit de réunion, de se constituer en associations et clubs, en les dissuadant d'émettre des revendications collectives (arrêté de 1916, art. 20 *in fine*). La privation de liberté est durement ressentie par les prisonniers et dans certains cas, pour ne pas dire dans la plupart des cas, la prison nuit à la capacité de s'autodéterminer et donc à la réinsertion d'un prisonnier.

Si bien que les populations Akan (Baoulé et Agni) et Gouro appellent la prison respectivement : *bisoa* (*bi* = exécrât, merde ; *soa* = maison, hutte) et *bookon* (*boo* = exécrât, merde ; *kon* = maison, case, habitat) ; c'est-à-dire lieu de défécation. On le voit, la vie du détenu est une vie « privée » au sens propre, une vie doublement privée. La prison est massivement un lieu de déshumanisation, de dépravation morale et de désocialisation.

A - La prison, lieu de deshumanisation du détenu

La prison est un « état d'exception », au sein duquel les individus sont privés de droits fondamentaux (négation totale du condamné : de son corps et de son esprit). Puisque dit-on : « Une pénalité n'est efficace que si elle fait subir au condamné une humiliation morale et une certaine souffrance physique ».³⁵ La détention entraîne une modification des repères spatio-temporels (lieu de l'incarcération, temps de la peine).

1 - L'inhumanité des conditions de détention

Les conditions de vie dans les prisons sont très dures, voire inhumaines pour les indigènes. En théorie, l'incarcération ne doit porter atteinte qu'à la liberté d'aller et de venir. En pratique, la peine de prison pèse sur de nombreux droits fondamentaux (expressions, vie de famille, vie cultuelle, droits civiques, intimité, dignité, etc.).

a - De mauvais traitements corporels

La privation d'air, de soleil, de lumière, d'espace, le confinement entre quatre murs étroits, la promenade sous des grillages, la promiscuité avec des compagnons non désirés dans des conditions sanitaires humiliantes. Ce sont là des preuves physiques qui agressent le corps, le détériorent lentement. Telles sont les conditions dans lesquelles vivent les prisonniers de la colonie.

Les chefs indigènes jusqu'en 1907 sont emprisonnés dans les mêmes geôles et astreints à des corvées, au travail général. « Cette manière de faire, écrit le gouverneur Clozel, est de nature à diminuer encore le peu de prestige dont ils jouissent, alors qu'au contraire, continue-t-il, vous (administrateurs

³⁵ J. VERNIER de BYANS, *op. cit.*, p. 135.

des cercles et chefs de postes) devez faire tous vos efforts pour augmenter leur autorité, leur considération, en les traitant avec les égards qu'exige leur situation, les services que nous en attendons, en un mot selon les règles évidentes et logiques d'une politique indigène bien entendue »³⁶. Ainsi, pour le gouverneur Clozel, « la peine de prison ne doit être infligée aux chefs qu'en dernier ressort et lorsque vous avez employé les autres moyens de coercition ».

De même, les femmes ne sont pas séparées des hommes dans certaines prisons (circulaire du 22 octobre 1925), les enfants de moins de quatre ans sont avec leur mère enfermés dans ces lieux exécrables.

Suivant l'article 21 de l'arrêté de 1951, « les femmes enceintes seront placées pendant les deux derniers mois de leur grossesse, dans un local séparé où elles resteront pendant le premier mois qui suivra l'accouchement. » Or, nous avons noté que les locaux étaient en nombre insuffisant, aussi, ces femmes n'étaient-elles pas séparées. Par ailleurs, « même après le sevrage, les enfants pourront être laissés, jusqu'à l'âge de trois ans, aux soins de leur mère. » Quant à l'article 6 *in fine* de l'arrêté de 1916, il dispose que « les enfants au-dessous de quatre ans peuvent être laissés aux soins de leur mère ». Ces enfants perdent ainsi les trois premières années les plus importantes de leur existence dans un milieu malsain, dans un *bookon*.

Les indigènes sont particulièrement victimes de mauvais traitements et de persécutions des surveillants. Des violences sont commises pendant les interrogatoires policiers et en détention préventive. Ils sont battus et insultés. Une pression psychologique est exercée pendant cette période, notamment en utilisant les familles des accusés à des fins d'intimidation et de menaces³⁷. Les violences exercées contre les détenus par les surveillants sont un phénomène courant. Du coup, la prison est devenue le lieu de manifestations de la désespérance.

b - Une alimentation insuffisante et irrégulière

En 1911, des plaintes s'élèvent pour dire que la nourriture servie aux prisonniers est insuffisante comme le rapporte le procureur général près la Cour d'appel de l'AOF dans sa lettre adressée à Monsieur l'administrateur du cercle de Bassam³⁸. Ce à quoi répond ce dernier pour dire que « les plaintes

³⁶ Circulaire du 15 mars 1907, *JOCI*, 1907, p. 77.

³⁷ Voir à titre d'exemple, l'histoire du résistant gouro Bambou in récit du répertoire du chansonnier gouro Kouaï Bi Bbolia de Bohikouïfla s/p Gohitafla ; NENE BI B. S., *la Terre et les Institutions traditionnelles africaines. Le cas des Gouro de Côte d'Ivoire*. Thèse de Doctorat en Droit, UFR SJAP, Université de Cocody Abidjan, 2005, p. 579.

³⁸ Lettre n° 1228 du 28 mars 1911 du procureur général à monsieur l'administrateur de Bassam.

dont il s'agit, sont le fait de deux ou trois personnes³⁹ qui d'ailleurs semble-t-il, se plaignent à tort. Car, écrit l'administrateur, vu l'état de santé des détenus, on est en droit de dire que la nourriture est saine et abondante. Et qu'il n'est pas nécessaire d'augmenter le taux de la ration journalière. »⁴⁰ En novembre 1913, l'administrateur du cercle du Baoulé Nord sollicite⁴¹ et obtient⁴² une augmentation du prix de la ration alimentaire. Alors que la tendance était partout, suivant la circulaire du gouverneur de la colonie n° 19 C du 21 janvier 1910, à la réduction du taux de la ration des détenus. Et même, à la recherche d'économie comme ce fut le cas en 1915 dans le cercle des Gouro qui, sur une somme de 766 890 F allouée (ration 0,30 F), n'a dépensé que 473 700 F⁴³. Alors que les détenus souffrent de mal nutrition comme en témoigne la lettre du procureur de la République du 18 juillet 1919 et celle du médecin chef de l'ambulance du 6 août de la même année.

On note également qu'il y a un traitement différencié entre les détenus indigènes et les détenus d'origine européenne ou assimilés. Témoin, l'article 59 de l'arrêté de 1951 qui dispose que « le régime alimentaire est différent selon, d'une part, les catégories de détenus (...), et selon, d'autre part, le genre d'alimentation habituel des détenus. » Alors que le premier arrêté (celui de 1896) ne fait pas de distinction en matière alimentaire entre les prisonniers (article 13), même si la catégorie des Européens n'est pas soumise aux corvées. Aussi, alors que pour les indigènes, le taux de la ration est revu à la baisse, pour les Européens, ce taux est revu à la hausse. Témoin, l'arrêté local n°934 du 6 décembre 1917 qui dispose en son article 1^{er} « le montant de l'indemnité quotidienne représentative de vivres déterminé au quatrième alinéa, *in fine*, de l'article 7 de l'arrêté (...) du 27 mai 1916 est porté de deux francs cinquante centimes à trois francs 25 pour les Européens et assimilés détenus à la prison de Grand-Bassam ». Malgré tout, indigènes et Européens sont mal nourris⁴⁴. Les plantations créées autour des prisons pour nourrir les prisonniers» ne parviennent pas à satisfaire les besoins de ces derniers : cas de béribéri signalé à la prison de Grand-Bassam par le médecin chef de l'ambulance de la prison⁴⁵. En sus, les prisonniers mangent de façon irrégulière. Certaines fois, pas du tout⁴⁶. Bien que la nourriture soit

³⁹ Cf. arrêtés de 1916 et 1951 sur les plaintes.

⁴⁰ Lettre n° 200 du 1^{er} avril 1911.

⁴¹ Lettre n° 136 du 3 novembre 1913.

⁴² Lettre n° 6803 du 13 novembre 1913.

⁴³ Etat des sommes dépensées en 1915 dans le cercle des Gouro pour l'entretien des détenus (environ au nombre de 7004).

⁴⁴ P.V. de la réunion du 22 juillet 1919 de la commission de surveillance de la prison de Bassam.

⁴⁵ Rapport du 6 août 1919 précité.

⁴⁶ Lettre du procureur de la République n°121 du 18 juillet 1919.

insuffisante et irrégulière⁴⁷, les détenus sont employés à des tâches très dures sur les chantiers et dans des conditions déplorables. Ils sont employés au mépris de la loi « pour assurer des services d'ordre particulier, et remplir quelquefois l'office de domestiques de certains fonctionnaires »⁴⁸.

c - Un état sanitaire et hygiénique déplorable

« Les aménagements intérieurs des maisons d'arrêt, de justice et de correction étaient le plus souvent déplorables. Les locaux étaient mal aérés, les installations sanitaires et hygiéniques inexistantes. L'état des maisons centrales n'était guère meilleur. L'insuffisance des crédits qui leur étaient affectés depuis 1917 n'avait pas permis de rénover ces établissements... On comprend dès lors l'appréciation que pouvait porter en 1949, sur ces prisons, un contrôleur général des services pénitentiaires : « la visite des établissements pénitentiaires laisse une impression générale d'indigence. Nos constructions sont vétustes, souvent inadaptées à leur rôle, les installations intérieures semblent parfois un défi à l'hygiène, la pauvreté des installations sanitaires empuantit nos prisons »⁴⁹. Tel est l'état des prisons de la métropole, que penser de celui des colonies ? Pire certainement suivant la logique même de la colonisation. Même si la loi au sens large dispose d'une part que les gouverneurs veilleront à ce que les différentes prisons soient non seulement sûres, mais propres, et telles que la santé des prisonniers ne puisse aucunement être altérée (art. 605a Code d'instruction criminelle), et d'autre part, que les installations sanitaires doivent être propres et décentes. Elles doivent être réparties d'une façon convenable et leur nombre proportionné à l'effectif des détenus. De même, l'article 23 de l'arrêté de 1916, invite le brigadier-chef à s'enquérir des détenus malades qui devront être conduits à l'infirmerie ambulante Mais ces règles n'étaient pas pour la plupart respectées dans les prisons de la colonie. Aussi, le procès-verbal de la réunion de la commission de surveillance de la prison de Bassam dans sa séance du 22 juillet 1919, note que les pompes ne fonctionnent pas, que les murs intérieurs sont délabrés, les prisonniers n'ont aucun habillement, qu'il n'y a aucun matériel de couchage. Le règlement sanitaire est foulé au pied.

Cette commission de surveillance visitant par ailleurs les locaux disciplinaires constate et écrit : « les murs auraient besoin d'être reblanchis, les toitures vérifiées et arrangées de façon à ce qu'elles ne laissent plus passer la pluie, les portes refaites en bois d'iroko ou tout autre de même résistance

⁴⁷ En sus, l'article 33 de l'arrêté de 1916 aggrave la situation de certains détenus notamment en privant les indisciplinés de « la demi ration pendant trois jours au plus dans la même semaine ».

⁴⁸ Circulaire n° 93 du gouverneur général du 1^{er} octobre 1911 interdisant l'emploi des prisonniers autrement qu'à des services publics. Voir aussi circulaire du gouverneur de la Côte d'Ivoire n° 324 du 15 octobre 1911 sur le même sujet.

⁴⁹ Robert, p. 149.

au lieu d'être en bois blanc et peu solides, les fenêtres consolidées ou refaites et le mur d'enceinte garni de verre de façon à empêcher les évasions. Les conditions d'hygiène et sanitaire sont déplorables, les cellules insalubres. L'accès aux soins médicaux est réduit et la vie des prisonniers malades est en danger⁵⁰. En effet, « l'exécution de grands travaux publics nécessite la concentration d'armées de travailleurs, au sein desquelles les épidémies ne tardent pas à éclater ; le terrain est d'ailleurs bien préparé, par suite de l'hygiène déplorable qui existe dans ces agglomérations de gens mal nourris, mal vêtus, portant souvent en eux le germe des plus terribles maladies, le choléra, la peste, etc. »⁵¹ C'est la raison pour laquelle, pour pallier cette situation, l'arrêté de 1951, attache un médecin à chaque établissement pénitentiaire (article 77) et crée une infirmerie dans chaque prison.

Le manque d'hygiène étant source de maladie, les poux et la gale sont répandus. Etant donné l'absence totale de protections périodiques, les femmes détenues en sont réduites à utiliser des morceaux de leurs vêtements lors de leurs menstruations. Elles ne peuvent laver leur linge qu'une fois par semaine indépendamment de leur cycle menstruel. Des détenus sont obligés de sécher leurs vêtements encore humides en les portant sur eux.

Les femmes enceintes sont généralement transférées à l'hôpital au moment où leurs contractions commencent, sauf lorsque l'administration ne prend pas en compte l'urgence de leur état. Elles sont toujours amenées sous escorte et, si cela est considéré comme nécessaire, menottées. Les accouchements ont lieu sous escorte et parfois avec des menottes. S'ils se passent sans complication, les mères doivent retourner au centre de détention quelques heures après l'accouchement afin que les gardiens ne soient pas immobilisés à l'hôpital. Les bébés sont confiés quelques temps après à leur mère.

2 - La perte de l'identité

La prison constitue une privation de liberté et l'obligation de se soumettre à des contraintes physiques, psychologiques et sociales, et des interdits, engendrant une privation d'autonomie, de biens, de relation sexuelle, de relation normale tout simplement. Le condamné à l'emprisonnement pénètre un univers alienant où tout rapport est faussé. L'entrée en prison coupe le détenu de sa vie sociale et le fait rompre avec son passé. Les rituels d'arrivée (douche, fouille au corps⁵², perte des effets personnels) marquent le début

⁵⁰ Lettre du Procureur de la République n°121 du 18 juillet 1919.

⁵¹ J. VERNIER de BYANS, *op. cit.*, p. 221.

⁵² Aux termes de l'article 13 de l'arrêté du 27 mai 1916, cette fouille se fait à l'entrée dans la prison et à leur retour chaque fois qu'ils sortiront de l'établissement. Ils pourront également être fouillés pendant le cours de leur détention, aussi souvent que le régisseur le jugera nécessaire. Les femmes ne pourront être fouillées que par des personnes de leur sexe.

d'une longue déstructuration. En effet, l'incarcération est initialement la « prise de corps », la perte de la capacité d'aller et de venir. Le détenu est enfermé dans un monde clos, totalement restrictif, il est en marge de la société, il n'en fait plus partie. Or, « le nègre ne se conçoit pas seul. La cellule fondamentale des sociétés négro africaines n'est nullement l'individu, mais un groupe. L'individu n'est à l'aise que s'il se saisit lui-même par rapport à une communauté. Il est une dent de rouage dans un complexe engrenage »⁵³. Même si l'arrêté de 1951 en ses articles 41 à 46, tente (et cela vainement car beaucoup trop tard) d'organiser des visites de parents proches aux détenus. L'incarcération le sépare de la réalité extérieure dans laquelle il faudra pourtant reprendre pied lorsque sa peine sera accomplie. Mais le détenu ressort transformé. Il n'est plus la personne qui était entrée quelques temps plus tôt. La prison est vécue ainsi comme une sorte d'excommunication sociale. C'est là le paradoxe de la prison. Ce paradoxe réside dans la nécessité de réinsérer les individus au sein même d'un système qui fait tout pour les détruire. La dimension relationnelle y est niée au profit de l'autorité.

Le mode de vie en prison va donc confronter le détenu aux limites de son corps. Tout d'abord la cellule qu'il va partager avec plusieurs autres détenus qu'il n'a pas choisis. Il va vivre avec eux. Son comportement, ses gestes sont l'objet de surveillance. Rares sont les moments d'intimité. Les détenus en effet, vivent ensemble, aussi bien de jour que de nuit. Il y a une grande promiscuité. Nombre de détenus ont témoigné de leur vécu corporel pour évoquer l'incarcération : la perte de sens, la sensation de vertiges dans les premiers jours traduisant la perte des repères. Et la crainte omniprésente que la prison les envahit, prend leur corps : que son odeur les imprègne par exemple, en un mot, la prison est oppressante. On le voit, un détenu est quelqu'un qui a tout perdu : sa liberté, son identité, sa place dans la société, ses amis, ses proches, jusqu'à ses habitudes alimentaires.

L'emprisonnement est pour l'indigène un événement marquant qui peut avoir une incidence négative sur le cours de sa vie. Les effets pervers de l'incarcération ont été mis en évidence à maintes occasions, dans les rapports du médecin près la prison et le procureur de la République. La prison affecte la personnalité de l'individu. Chez les mineurs emprisonnés, les médecins ont pu relever quelques traits d'une personnalité très marquée par l'effet de l'enfermement : attitude semi mutique, regard fixe, sentiment de rejet, agressivité, indifférence, etc. On le voit, la vie en prison est artificielle. Les détenus perdent leur identité. Ils sont victimes d'une mort civile et souffrent d'absence de choix dans les décisions et les actes du quotidien. En effet, l'emploi du temps en prison ne laisse pas une grande part à la réflexion, à la pensée, à la liberté de s'exprimer. Même pendant leurs déplacements à

⁵³ Guy Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? op. cit.*, p. 14.

l'extérieur de leur cellule, les détenus sont astreints au silence. Au total, la prison est déshumanisée. La prison dans toutes ses formes a fini par révéler son incapacité à apaiser la souffrance des « patients » que la société lui confie. Dès lors, le traitement des délinquants par le système pénitentiaire conduit à la destruction des communautés indigènes.

B - La déstructuration des communautés indigènes

La prison bouleverse la vie des familles de détenus. Or la famille est à la société ce que les cellules sont à un être vivant ; suivant que sa constitution sera forte ou faible, le corps social sera puissant ou tombera en décrépitude. Dans bien des cas, l'organisation de la famille est proche parente de la religion. Chez les peuples ivoiriens, la constitution de la famille est intimement liée au culte des ancêtres. Dès lors, toucher aux institutions familiales de ces peuples, c'est un premier coup donné dans leur édifice religieux et cette atteinte sera d'autant plus grave que les indigènes tiennent à leurs croyances avec beaucoup de conviction.

Les familles sont profondément meurtries par l'éloignement de leur proche détenu. Elles sont condamnées à organiser leur vie autour du milieu carcéral. Ces familles ne vivent plus, mais survivent. Le plus douloureux, c'est qu'elles sont étiquetées comme de mauvaises gens et par la même occasion éclatent et sont réduites aussi bien au niveau de la production des biens que de la reproduction du groupe.

1 - L'éclatement des valeurs socio culturelles indigènes

La principale conséquence de l'incarcération est la détérioration du lien social des familles. Le détenu ne peut participer aux rites d'initiation, de réalisation de soi dans sa société d'origine. Il brise par son absence à ces moments de communion avec les dieux et la société, une chaîne vieille de toute éternité. Les femmes ne peuvent, selon la tradition, se purifier et renouveler leur force vitale, faute de participer aux rites de purification menstruelle pendant leur incarcération. Aussi, sont-elles psychologiquement diminuées. Les juges traditionnels sont hors-jeu puisque l'enfermement tel que présenté par le système colonial est différent de celui pratiqué autrefois. Ce qui détruit totalement le système judiciaire ancien puisque les modes ancestraux de traitement de déviations et des litiges sont abandonnés au profit de ceux du colonisateur.

2 - La réduction des moyens de production de la famille

L'incarcération a entraîné au moins un changement important dans la vie quotidienne aussi bien au plan matériel, professionnel que relationnel. La situation économique, matérielle et spirituelle s'est dégradée à la suite de

l'incarcération. Parce que la majorité des détenus est composée d'hommes, les cellules familiales sont privées du facteur de production qu'ils étaient. En effet, les hommes valides en prison, la production est laissée aux femmes et aux enfants. Il va sans dire que la récolte en souffre.

Au total, les populations indigènes vivaient la prison comme un cauchemar. C'est la raison pour laquelle elles ont évité la prison, vécue comme une déchéance sociale suprême. De là, la fuite en cas d'actes répréhensibles ou le recours à des solutions de type ésotérique, imaginaire, surnaturel. Bref, la prison était pour elles un autre monde, un monde à part.

*
* *

Retenons pour finir que la prison déstructure le détenu et le vide de l'intérieur. En prison, le détenu perd le goût de tout, même du contact, parce qu'il se trouve désincarné n'étant pas en communion avec les siens. La prison n'est pas un lieu normal de vie et de travail. Elle est le lieu de tous les dangers, elle accentue l'appauvrissement de ses usagers. C'est une institution particulièrement contraignante. La vie en prison n'est pas seulement une privation de liberté; elle impose la privation des biens et des services, la perte d'autonomie, la privation de relations hétérosexuelles et la perte de sécurité.

Les prisons ont servi et servent encore presque partout de réservoir de main-d'œuvre à l'administration publique (construction de chemin de fer, travaux d'entretien et de culture, etc.) ou aux entrepreneurs privés (plantations, petites industries).

La prison coloniale est scandaleuse. Et si elle l'est, c'est parce que les droits les plus élémentaires –se laver, se soigner, communiquer avec sa famille, reprendre espoir et se préparer à trouver une place dans la cité– y sont refusés, du moins à la majorité des détenus, singulièrement aux indigènes.

La prison coloniale est scandaleuse car la violence, l'humiliation, le sadisme, le silence, l'iniquité et l'inhumanité y règnent.

La prison coloniale est scandaleuse parce qu'elle démontre que la société coloniale est hypocrite comme l'a noté A. Sarraut : « ne russons pas, ne trichons pas. A quoi bon farder la vérité ? la colonisation (...) n'a pas été un acte de civilisation ».

Mais en dépit des critiques dont elle fait l'objet, la prison continue de jouer un rôle déterminant dans la Côte d'Ivoire post coloniale en ce sens qu'elle apparaît comme l'institution officielle de redressement des délinquants. Ce choix s'explique par le fait que l'indépendance de la Côte d'Ivoire ne paraît pas se traduire par une remise en cause fondamentale de l'ordre colonial. Car l'organisation administrative et politique de la Côte

d'Ivoire s'inspire du modèle du colonisateur qui avait institué un ordre juridique conforme à sa philosophie et à ses objectifs⁶¹. Malgré l'exaltation de la liberté retrouvée, la tendance s'était nettement dégagée en faveur du « statut quo ante » avec ses problèmes et ses solutions.

L'Etat ivoirien post colonial se présente en effet comme une variante de l'Etat colonial. En témoigne Houphouët Boigny, premier président de la République de Côte d'Ivoire lorsqu'il s'écrit : « c'est pour la première fois dans le monde que librement, sans contrainte, volontairement des peuples autrefois colonisés renoncent à leur indépendance absolue et veulent s'intégrer dans une communauté franco-africaine »⁵⁴

⁶¹ Guy Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ... op. cit.*, p. 91.
⁵⁴ Boga DOUDOU, *op. cit.* p. 215.

L'ORDRE PUBLIC OUEST-AFRICAIN

par Dianguina Tounkara,
docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de droit public de Bamako

1. L'ordre public, une notion incontournable. La notion d'« ordre public » fait partie des notions les plus usitées en droit, on la rencontre partout : en droit de la famille¹, en droit du travail², dans les relations économiques³, en droit successoral⁴, en droit pénal⁵, en droit européen⁶ et communautaire⁷, en droit international privé⁸, en droit administratif⁹. En bref, aucun domaine du droit n'y échappe.

¹ A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 ; C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, Paris II, 2004 ; F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, Paris 2008 ; M. AZAVANT, *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse, Pau, 2000 ; N. BALBO-IZARN, *Convention entre époux et divorce : contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, thèse, Toulon, 2000 ; J. REVEL, « Les conventions entre époux désunis (contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », *JCP* éd. G. 1982. I. 3055.

² M. BONNECHERE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974, n° 11604, p. 601 ; N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J., 2006.

³ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse, L.G.D.J., 1963 ; R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1965, Chron. p. 37 ; J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in T. REVET (dir.), *L'ordre public*, op. cit., p. 33.

⁴ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979.

⁵ S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », in T. Revet, op. cit., p. 89 ; A. CERF, « Ordre public, droit pénal et droits fondamentaux », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 63.

⁶ F. SUDRE, « L'ordre public européen », in *L'ordre public* sous la direction T. REVET, op. cit., p. 27.

⁷ M. CASTILLO et R. CHEMIN, « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public* sous la direction de M.-J. REDOR, op. cit., p. 133 ; M. BOUTARD LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public* T. REVET (dir.), op. cit., p. 83.

⁸ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, L.G.D.J., 1959 ; J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de P. Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 285.

⁹ J. COGNETTI, *La notion d'ordre public. Etude limitée au droit administratif*, thèse, Reims, 1998.

2. L'ordre public, une notion indéfinissable. Et pourtant, la notion est l'une des « impondérables » qui échappent à l'analyse du juriste¹⁰. En effet, « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité (...) »¹¹. La définition de l'ordre public demeure et demeura toujours le nerf de la guerre. Qu'est-ce donc que l'ordre public ? La réponse pourrait s'inspirer de la pensée de saint Augustin à propos du temps¹² : « Si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne sais plus ! ». Dans cette perspective, on peut affirmer que pour définir l'ordre public, le discours doctrinal abonde, pour reprendre l'expression de T. Dumortier, « en métaphores témoignant du mélange de perplexité et de fascination exercé par une notion protéiforme »¹³. Ainsi, pour M. Pilon, « chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants »¹⁴. Pour le Marquis de Vareilles-Sommières, « c'est un vrai supplice pour l'intelligence »¹⁵. Pour le juge Burrough, « c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte »¹⁶.

Pour Alglave, « c'est cheminer dans un sentier bordé d'épines »¹⁷. Pour F. Sudre, la notion d'ordre public « baigne dans un halo d'incertitude »¹⁸. De toutes ces affirmations, un constat s'impose : il est, en effet, très difficile voire périlleux de vouloir tenir la notion d'ordre public dans les rets d'une définition précise, structurée et complète¹⁹. C'est pourquoi il y aura

¹⁰ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public international*, op. cit., p. 174.

¹¹ P. MALAURIE, *Les contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris, 1951, éd. Matot-Braïne, p. 3. V. en ce sens l'analyse de F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, op. cit., p. 1 : « La notion intrigue et séduit le juriste mais elle lui échappe inexorablement ; pire elle paraît toujours se volatiser au moment précis où il pense enfin réussir à la maîtriser ».

¹² Saint AUGUSTIN, *Les Confessions*, Livre XI, chap. XIV, Garnier-Flammarion, 1993 : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus ».

¹³ T. DUMORTIER, *L'ordre public. Essai sur quelques usages contemporains d'un standard classique*, thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2010, p. 1.

¹⁴ Rapport sous Req., 21/04/1931, S., 1931, I, p. 377.

¹⁵ *Rev. de Lille*, 1899, p. 674.

¹⁶ Richardson v. Mellish (1824) 2 Bing. 252.

¹⁷ AGLAVE, « Définition de l'ordre public en matière civile », *Rev. prat. de dr.* 1868, p. 44.

¹⁸ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »*, sous la direction de P. TAVERNIER, Bruylant Bruxelles, 1996, p. 40.

¹⁹ Contra : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, 1963, p. 27 : « L'adjonction au terme d' « Ordre public » du qualificatif « économique » est *a priori* loin de dissiper le mystère traditionnel de la notion, puisqu'il fait référence au « donné » de toute science. Mais notre propos est modeste. Il ne s'agit pour l'instant que d'établir une base de recherche. Peut-être certaines définitions de l'ordre public sont-elles trop ambitieuses, mais nous ne croyons pas aux notions juridiques « indéfinissables ». Si elles paraissent telles, c'est bien souvent parce qu'on veut saisir la notion d'un mauvais côté, ou bien elles sont simplement

« probablement toujours autant de définitions de l'ordre public que d'auteurs ayant cherché à l'appréhender »²⁰. On peut donc affirmer, à la suite de J. Ghestin, que « la notion d'ordre public utilisée par la législateur n'a reçu de définition ni dans la loi, ni même, semble-t-il, dans la doctrine. Il s'agit bien d'une notion à contenu variable indéterminé, qui ne peut être précisée que par les applications qui en sont faites »²¹.

3. L'ordre public, une notion fonctionnelle. Si l'ordre public ne se définit pas²², c'est parce qu'il relève, par opposition aux notions conceptuelles qui « sont indépendamment de ce à quoi elles servent »²³, de la catégorie des notions fonctionnelles, c'est-à-dire « celles qui procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »²⁴. A ce titre, l'ordre public peut se voir appliquée le fameux conseil de Wittgenstein : « Ne t'interroge pas sur son sens, demande toi à quoi ça sert ? »²⁵. C'est ainsi que, sous la colonisation, par exemple, la notion d'ordre public servait à éradiquer toute pratique coutumière ou religieuse qui était en porte-à-faux avec les principes de la civilisation²⁶. C'est dans cette perspective également qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit peut être écartée si elle est incompatible avec l'ordre public du for.

imprécises et la définition traduit mal une réalité complexe ou encore mal formée ; mais l'insuccès relatif ne saurait venir de la terminologie. (...).

²⁰ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial* op. cit., p. 2 : « Dès 1951, M. P. Malaurie citait, en annexe de sa thèse, vingt-et-une tentatives de définition de l'ordre public. L'intérêt constant pour cette notion et sa diffusion dans toutes les branches du droit laissent imaginer la quantité de propositions aujourd'hui existantes ».

²¹ J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylants, 1984, p. 77.

²² G. AMADEO, « Ordre public et Droit privé négro-africain », *R.J.* 1958, p. 605. Contra : G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. B. GOLDMAN, L.G.D.J. 1963, p. 27. L'auteur fait observer, préalablement à sa tentative de définition de l'ordre public économique, qu'il n'y a pas de notions juridiques qui soient « indéfinissables ».

²³ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, éd. G. 1950. I. 851. V. aussi : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, L.G.D.J., 1980.

²⁴ S. RIALS, *Le Juge administratif et la technique du standard*, op. cit., n° 4.

²⁵ Cité par S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, op. cit., p. 49.

²⁶ D. TOUNKARA, *La famille, l'Etat, les normes Essai sur l'émancipation de la femme malienne*, thèse Paris Ouest Nanterre-La Défense, 2011, sous la direction de Fl. BELLIVIER, p. 244.

4. Définition stipulative de l'ordre public. Pour ne pas ajouter de la confusion à la confusion, il convient donc de stipuler²⁷, de produire la définition qui sera donnée à la notion d'ordre public en général, et de l'ordre public ouest-africain en particulier dans le cadre de la présente étude. L'ordre public sera défini comme l'ensemble des règles, des principes, des valeurs applicables dans une société donnée. Et de fil en aiguille, l'ordre public ouest-africain est l'ensemble des règles, des principes et des valeurs s'imposant aux citoyens, aux pouvoirs publics, aux autorités administratives et juridictionnelles de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)²⁸. Ainsi défini, l'ordre public ouest-africain ressemble à bien des égards à l'ordre public européen tel que défini par la doctrine. Selon F. Sudre, en effet, l'ordre public européen est « l'ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres »²⁹.

5. L'ordre public ouest-africain, un corpus de règles et de principes dégagés par la Cour de justice de la CEDEAO. Ces principes et règles applicables au sein de la Communauté ouest-africaine ont été dégagés par la Cour de justice de la CEDEAO. Basée à Abuja, capitale de la République fédérale du Nigeria, la Cour de justice de la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest La Cour de justice de la CEDEAO³⁰ est une institution

²⁷ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », in *Droits*, n° 10, 1989, p. 102 : « (...) On est ainsi conduit à rechercher une définition exclusivement stipulative, qui ne sera ni vraie ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique. Une définition stipulative est une décision, que l'on prend au commencement d'une recherche, de constituer une classe d'objets présentant tous un certain caractère. On va ainsi regrouper un certain nombre d'objets empiriques, par exemple des comportements humains ou quelques produits de ces comportements, et l'on appellera cet ensemble le droit (...) » ; v. aussi, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, n°497 : « Les définitions stipulatives peuvent être définies comme celles « a)qui proposent d'utiliser un terme ou un syntagme d'une façon nouvelle ; b)qui proposent d'utiliser un terme ou un syntagme préexistant « de façon plus précise que son usage commun ; c)qui établissent comment utiliser un terme ou un syntagme sous un angle nouveau ».

²⁸ La Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest compte depuis le retrait de la Mauritanie quinze Etats : 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 Sénégal, la Sierra-Léone et le Togo.

²⁹ F. SUDRE, « L'ordre public européen », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, sous la direction de M.-J. REDOR, Bruylants, Bruxelles, 2001 p. 109 et s.

³⁰ Sur cette juridiction, v. L.-M. IBRIGA, « La cohabitation des différentes juridictions des systèmes d'intégration en Afrique de l'Ouest », in *Justice et droits de l'homme* sous la direction de E. DECAUX, p. 533 et s ; A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Editions CREDILA, 2011 ; A. DIEYE, « La Cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des Etats membres », Actes du colloque organisé par le CREDILA, Université de Dakar, 27-28 avril 2006, *Les Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2007, p. 185.

de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest³¹. Elle a été créée le 6 juillet 1991 à Abuja au Nigeria par un protocole additionnel au traité de Lagos du 28 mai 1975 portant création de la CEDEAO³². Toutefois, la CJCEDEAO n'est devenue fonctionnelle qu'à partir de 2001. C'est à cette date en effet que les premiers juges furent désignés. Selon l'article 3 du traité de la CEDEAO, « la Cour de justice de la CEDEAO, tout comme l'ensemble dans lequel elle s'intègre, a pour objectifs de promouvoir la coopération et l'intégration, de veiller à la mise en place d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest afin d'élever le niveau de vie de ses peuples, de maintenir et d'augmenter la stabilité économique, de promouvoir les relations entre les Etats-membres et de contribuer au progrès et au développement du continent africain ».

Composée de sept juges, la Cour de justice de la CEDEAO est investie d'une double fonction juridictionnelle.

6. Première fonction : interpréter et appliquer le droit communautaire.
Aux termes de l'article 9 du protocole A/P.1/7/91 de la CEDEAO, la Cour de justice de la CEDEAO est chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité instituant la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, de son préambule et de ses protocoles additionnels. Analysée sous cet angle, la CJCEDEAO a, en effet, les mêmes attributs que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Siégeant à Luxembourg et composée d'un juge par Etat membre, la Cour de justice des Communautés européennes a pour mission d'assurer également le respect du droit dans l'interprétation et de l'application du droit du traité de l'Union européenne³³.

Mais force est cependant de constater que cette fonction première de la Cour de justice de la CEDEAO, à savoir l'interprétation et l'application du traité de la CEDEAO n'a pas accueilli un grand succès auprès des plaideurs. En effet, dans une étude consacrée à la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO, un auteur posait, non sans raison, ce constat : « (...) En fait, sur l'ensemble des affaires jugées à cette date -2008- seule une, la toute première, mettait en cause le principe communautaire de liberté de

³¹ La Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a été créée par le traité de Lagos du 28 mai 1975. Elle regroupe quinze pays depuis le retrait de la Mauritanie : le Bénin, le Burkina Faso, le Cap vert, la Côte d'Ivoire, le Ghana, la Gambie, la Guinée Bissau, la Guinée, le Liberia, le Mali, le Niger, le Sénégal, la Sierra Leone.

³² L'organisation de la Cour de justice de la CEDEAO résulte du Protocole A/PI/91 adopté le 6 juillet 1991 par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Ce protocole sera modifié par un protocole additionnel portant amendement de celui de 1991, adopté le 19 janvier 2005.

³³ Sur la Cour de justice des Communautés européennes, v. A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne Institutions et ordre juridique*, LGDJ, 2013, p. 379 et s.

circulation des hommes et des marchandises, effectivement invoqué dans la demande adressée à la Cour. Malheureusement, celle-ci ne se prononcera pas sur le fond, le saisissant n'ayant pas, à l'époque, qualité à agir en tant que personne privée »³⁴.

7. Deuxième fonction : promouvoir les droits fondamentaux dans l'espace CEDEAO. A cette première fonction est venue, ensuite, s'en agréger une autre : celle de la défense et de la promotion des droits de l'homme ou des droits fondamentaux³⁵. L'article 9(4) du protocole additionnel de 2005 relatif à la Cour de justice de la Communauté CEDEAO confère, en effet, à celle-ci les pouvoirs de connaître des violations des droits de l'homme commis sur le territoire de tout Etat membre de la CEDEAO. Ainsi, toute personne- physique ou morale- peut intenter une action en justice contre un Etat membre de la CEDEAO devant la Cour de justice pour violation de droits de l'homme³⁶.

Sous ce regard, on peut affirmer qu'il existe une grande similitude d'une part, entre la Cour de justice de la CEDEAO et la Cour européenne des droits de l'homme et, d'autre part, entre la Cour de justice de la CEDEAO et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme³⁷, qui siège à Strasbourg (France) depuis le 21 janvier 1959, est chargée, comme sa sœur jumelle

³⁴ A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Editions CREDILA, 2011, p. 26.

³⁵ Dans cette étude, nous appellerons indifféremment « droits de l'homme » ou « droits fondamentaux » parce que les deux termes sont régulièrement tenus pour synonymes. A la lecture de certains arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO, on peut également se demander si les deux notions ne se recoupent pas. La Cour de justice de la CEDEAO emploie, en effet, indifféremment les deux notions. L'exemple le plus topical est le salaire. Il est tantôt qualifié de « composante essentielle » des droits de l'homme, ou tantôt de « droit fondamental humain ». Aussi assiste-t-on en doctrine française notamment à un glissement sémantique ou le passage des « droits de l'homme » aux « droits fondamentaux ». Comme le relève V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les références aux droits fondamentaux tendent depuis une trentaine d'années à concurrencer celles faites aux droits de l'homme (...) ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », in *Cahiers français*, n° 354, p. 19. Le professeur Jean-Marie DENQUIN abonde dans le même sens lorsqu'il affirme : « Si l'on considère maintenant la démocratie comme régime qui respecte les droits de l'homme (ancien style) ou les droits fondamentaux (style nouveau) le rôle du droit constitutionnel est différent ». J.-M. DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : Etat, Constitution, Démocratie ? », in *Traité international de droit constitutionnel, tome1 Théorie de la Constitution*, M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), Dalloz, 2012, p. 61.

³⁶ Aux termes du protocole additionnel, peuvent saisir la Cour (...) « d) toute personne victime de violation des droits de l'homme : la demande soumise à cet effet i) ne sera pas anonyme, ii) ne sera pas portée devant la Cour de justice de la Communauté lorsqu'elle a déjà été portée devant une autre Cour internationale compétente ».

³⁷ Sur la Cour européenne des droits de l'homme, v. J.-P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2013.

ouest-africaine, de la défense et de la sauvegarde des droits de l'homme dans les pays membres du Conseil de l'Europe. A cette fin, elle se trouve investie d'une double mission : interpréter et appliquer la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, de son préambule ainsi que de ses protocoles additionnels³⁸. Quant à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, siégeant à San José, au Costa Rica depuis le 3 septembre 1979, elle a été chargée par l'Organisation des Etats américains d'appliquer et d'interpréter la convention américaine des droits de l'Homme³⁹ signée à San José, au Costa Rica en 1969 par l'Organisation des Etats américains.

L'élargissement de la compétence de la Cour de justice de la CEDEAO à la violation des droits de l'homme s'est traduit, suivant l'éclairante formule de L. Sindjoun, par « une croissance exponentielle »⁴⁰ des requêtes fondées sur les violations des droits de l'homme⁴¹. Cette situation a eu une vertu salutaire. Elle a, en effet, permis à la Cour de dégager les éléments constitutifs de l'ordre public ouest-africain.

8. Le fondement de l'ordre public ouest-africain. Contrairement à l'ordre public européen qui a pour unique clef de voûte la Convention européenne des droits de l'homme, l'ordre public ouest-africain a plusieurs fondements textuels. Le juge ouest-africain peut, en effet, appliquer à un litige qui lui est soumis plusieurs instruments juridiques internationaux relatifs aux droits fondamentaux. Ainsi, retrouve-t-on des arrêts de la Cour rendus au fondement d'instruments aussi généraux que la charte africaine des droits de l'homme, la déclaration universelle des droits de l'homme, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention relative à l'esclavage⁴². Toutefois, l'analyse minutieuse des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO nous incite fortement à relever, à la

³⁸ Sur la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, v. L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, 2012.

³⁹ Sur la Cour interaméricaine des droits de l'homme, v. L. BURGORGUE-LARSEN et A. UBEDA deTORRES, *Les Grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruylants, 2008.

⁴⁰ L. SINDJOUN, « Au nom du droit de l'intégration régionale », Préface au livre d'A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexion sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Edition CREDILA, 2011, p. 8.

⁴¹ Ainsi, à la date du 5 novembre 2014, la Cour avait enregistré 182 affaires, tenu 532 audiences et rendu 168 décisions. V. A. BAMBA, « La Cour de justice de la CEDEAO veut mieux se faire connaître des citoyens de l'espace communautaire », in *Le Journal, 22 Septembre, Bi-Hebdomadaire d'Informations Générales*, n° 499, jeudi 6 novembre 2014.

⁴² V. A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, op. cit., p. 26.

suite de G.-F. Ntwari⁴³, que celle-ci a très souvent tendance à privilégier, en l'absence d'instrument juridique spécifique relatif aux droits de l'homme adopté au sein de la CEDEAO, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Et, ce n'est qu'en cas de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de celle-ci que la Cour fait appel à d'autres instruments juridiques sous forme d'adjvant théorique.

9. Annonce du plan. L'objectif de cette étude est double. En premier lieu, on se demandera quels sont les éléments constitutifs de l'ordre public ouest-africain (**I**). En second lieu, on analysera les effets de l'ordre public ouest-africain (**II**).

I - Le contenu de l'ordre public ouest africain

10. Deux catégories de droits. L'ordre public ouest-africain est composé de deux types de droits : les uns tenant à la substance du droit (**A**), et les autres à la procédure du droit (**B**).

A - L'ordre public substantiel

11. Les droits et libertés consacrés. La Cour de justice de la CEDEAO a, au fil de son activité contentieuse relative à la protection des droits de l'homme, dégagé et consacré les principes du respect de la dignité humaine (*1*), de l'interdiction absolue et catégorique de la condamnation des mineurs à la peine de mort (*2*), de l'égalité et de non-discrimination (*3*). Aussi a-t-elle reconnu aux citoyens ouest-africains des droits à la liberté et à la sûreté (*4*), d'aller et de venir (*5*).

1 - Le principe du respect de la dignité humaine

12. La notion de la dignité humaine. Considérée par la doctrine comme le « dogme premier, l'axiome de base au fondement du système juridique, en réalité son but ultime »⁴⁴, la dignité humaine serait « le signe de l'émergence d'un nouvel ordre public, ordre public humaniste »⁴⁵, c'est-à-dire un

⁴³ G.-F. NTWARI, « La Cour de justice de la CEDEAO, ou l'émergence progressive d'une Cour régionale des droits de l'homme », in *Le Journal du Centre de Droit International*, 2013, p. 9 et s.

⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité : un axiome », in *Perspectives philosophiques et théologiques* sous la direction de Anne-Marie DILENS et Bernard VAN MEENEN, *Saint Louis Facultés universitaires*, 2007, p. 53 et s. L'auteur définit un axiome comme une « proposition évidente de soi, échappant à toute démonstration, et s'imposant par un principe d'évidence ou autrement de certitude qui entre dans la constitution de l'esprit humain ».

⁴⁵ M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale : La fusion des corps et la confusion des esprits », in *Droit et morale : aspects contemporains* sous la direction de D. BUREAU et D. FENOUILLET, Dalloz, 2011, p. 27 et s.

ensemble de valeurs communes à l'humanité. Analysée sous ce jour, la dignité de la personne humaine pose le principe d'un certain nombre d'interdits, de prohibitions. Comme l'a si bien remarqué le professeur M. Mekki, « la dignité de la personne humaine se présente comme un standard juridique dont l'appréhension se fait, le plus souvent, de façon négative. C'est à travers les atteintes à la dignité humaine que s'est progressivement construit le concept »⁴⁶. C'est dans cette ligne de pensée, que la Cour de justice de la CEDEAO interdit, par exemple, de faire subir à une personne des traitements inhumains ou dégradants (a) ou de la réduire simplement à l'esclavage (b).

a - L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants

13. L'inviolabilité du corps humain. Le respect du principe de la dignité humaine a pour postulat fondamental l'intangibilité de l'intégrité physique de la personne humaine. Ainsi, nul individu, fût-il privé de sa liberté, ne doit et ne saurait subir la torture et autres traitements inhumains et dégradants⁴⁷. La Cour de justice de la CEDEAO a, dans l'affaire K. Gnassingbé et co-accusés c. l'Etat du Togo⁴⁸, rappelé avec fermeté ce principe. Pour bien éclairer notre propos, il n'est pas inutile de rappeler à grands traits les faits de l'affaire. Arrêtés le 12 avril 2009 pour une supposée tentative d'atteinte à la sûreté de l'Etat, le Sieur K. Gnassingbé et ses compagnons d'infortune avaient fait sous la contrainte –tant physique et morale- des aveux. Condamnés à l'issue de leur procès, les requérants avaient saisi la juridiction communautaire aux fins de déclarer irrecevables les aveux obtenus sous les actes de torture, celle-ci a, non seulement fait droit à leur requête, mais rappelé le principe de l'interdiction formelle et solennelle de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

b - L'interdiction de l'esclavage

14. L'esclavage insoluble dans le respect de la dignité humaine. Peu de temps après l'élargissement de sa compétence contentieuse aux violations des droits de l'homme dans l'espace de la CEDEAO, la Cour de justice de la CEDEAO s'est trouvée confrontée à une épineuse et fondamentale question: l'esclavage est-il soluble dans le respect de la dignité humaine ? Ainsi, dans

⁴⁶ *Idem*, p. 80 et s.

⁴⁷ *Contra*: R. A. POSNER, "The best offense", *The New Republic*, 2 sept. 2002. L'auteur a soutenu, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, que "Si les enjeux sont assez élevés, la torture est admissible". Propos rapportés par A. SUPIOT, *Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *Essais*, 2005, p. 297.

⁴⁸ Cour de justice de la CEDEAO, 28 novembre 2013, *K. Gnassingbé et autres c. Togo*.

l'affaire Dame Hadijatou Mani Contre la République du Niger⁴⁹, la Cour de justice de la CEDEAO a été amenée à se prononcer sur cette question. Ramenées à l'essentiel, les données de l'espèce peuvent être synthétisées ainsi. Mme Hadijatou Mani Koraou, jeune femme nigérienne, a été vendue à l'âge de douze ans par le chef de sa tribu au Sieur M. El Hadj Souleymane Naroua pour la modique somme de 240 000 F CFA soit 366 euros. Il est important de noter, au passage, que la transaction est intervenue en application de la « Wahiya », une pratique en cours au Niger, consistant à acquérir une jeune fille, généralement de condition servile, pour servir, à la fois, de domestique et de concubine.

La femme esclave achetée dans ces conditions est appelée « Sadaka » ou la cinquième épouse, c'est-à-dire celle qui ne fait pas partie des femmes légalement mariées dont le nombre ne peut être supérieur à quatre conformément aux prescriptions coraniques. La « Sadaka », en général, exécute les travaux domestiques et s'occupe du service de son « maître ». Et celui-ci a sur elle, à tout moment, de jour comme de nuit, un droit de cuissage. Ainsi pendant neuf longues années, la dame Hadijatou Mani Koraou a servi d'objet sexuel pour son « maître ». De ces relations avec son « propriétaire », naquirent quatre enfants. Et, patatras le 18 août 2005, El Hadj Souleymane Naroua délivra à Hadijatou Mani Koraou un certificat d'affranchissement (esclave) ; cet acte a été signé par la bénéficiaire, par le maître et contresigné par le chef de village qui y a apposé son cachet.

Munie de cet acte d'affranchissement, Mme Hadijatou Mani Koraou décida de quitter le domicile de celui qui fut naguère son maître ; mais, contre toute attente, ce dernier lui opposa un refus catégorique, prétextant qu'elle est et demeure son épouse. C'est dans ces conditions que la requérante, Mme Hadijatou Mani Koraou, saisit le 14 février 2006 le tribunal civil et coutumier de Konni aux fins de recouvrer sa liberté totale. Celui-ci par un jugement en date du 6 mars 2006 accueillit favorablement cette requête au motif « qu'il n'y a jamais eu mariage à proprement parler entre la demanderesse et le Sieur El Hadj Souleymane Naoura, parce que qu'il n'y a jamais eu paiement de la dot ni célébration religieuse du mariage et que Hadijatou Mani Koraou demeure libre de refaire sa vie avec la personne de son choix ». Mais ce jugement, favorable à la dame Hadijatou Mani Koraou, a été infirmé par le juge d'appel de la ville de Konni. Ce qui obligea la requérante à se pourvoir en cassation aux fins de se voir appliquer la loi nigérienne contre l'esclavage et les pratiques esclavagistes.

⁴⁹ Cour de justice de la CEDEAO, 27 octobre 2008, *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, n°ECW/CCJ/JUD/06/08, <http://www.unchr.org/refworld/docld/491168d4.html>. Pour un commentaire de cet arrêt, v: M. DUBUY, « Cour de justice de la CEDEAO Arrêt N° ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008 », *RGDIP*, 2009, n° 3, p. 715 et s.

Alors même que cette procédure était encore pendante devant la plus haute juridiction judiciaire nigérienne, Mme Hadijatou Mani Koraou fit l'objet d'un dépôt de plainte au pénal pour bigamie de la part de son ancien maître. Par jugement en date du 2 mai 2007, le juge correctionnel de la ville de Konni condamna Mme Hadijatou Mani Koraou à six mois d'emprisonnement pour bigamie au visa de l'article 290 du Code pénal nigérian. C'est dans ces conditions que la dame Hadijatou Mani Koraou saisit la Cour de justice de la CEDEAO aux fins, notamment, de déclarer que l'esclavage et les pratiques subséquentes étaient contraires au principe du respect la dignité humaine. Pour apporter une réponse à cette lancinante question, la juridiction communautaire ouest-africaine dut, dans une perspective de circulation normative⁵⁰, mobiliser le droit international pertinent. Ainsi, elle se référa à l'article 1^{er} de la convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage en vertu duquel l'esclavage est « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre-eux » pour voir si Mme Hadijatou Mani Koraou pouvait être ou non considérée comme une esclave.

Après un examen très minutieux des faits de l'espèce, la Cour de justice de la CEDEAO a pu déceler tous les attributs de la propriété : la requérante a été cédée à l'âge de douze ans, elle fut soumise à des violences physiques et psychiques, aux corvées ménagères et champêtres, aux humiliations, aux insultes et quolibets, à l'exploitation sexuelle, au contrôle permanent de ses mouvements par son maître. Dans la même perspective, la juridiction communautaire ouest-africaine a en effet considéré le certificat d'affranchissement d'esclave délivré par le sieur Naroua à Mme Mani Koraou comme caractéristique de l'état d'esclavage dans lequel était réduite la requérante. C'est pourquoi elle a affirmé qu'il « ne fait aucun doute que la requérante, Hadijatou Mani Koraou, a été tenue en esclavage pendant près de neuf ans en violation de l'interdiction légale de cette pratique ».

2 - L'interdiction catégorique de la condamnation d'un mineur à la peine capitale

15. Le mineur et la peine de mort. Dans larrêt *Madame Maimuna Abdulmumini c. / La République fédérale du Nigeria* du 10 juin 2014, la Cour de justice de la CEDEAO déclare *expressis verbis* que l'application de la peine de mort à l'encontre de la requérante pour un crime commis en tant que mineure constitue une violation de l'article 6-5 du pacte international relatif

⁵⁰ Sur l'expression de circulation normative, v. C. LAURENT-BOUTOT, « La circulation normative : un vecteur de la densification normative des droits de l'homme », in *La densification normative Découverte d'un processus*, C. Thibierge et alii (dir.), Editions Mare & Martin, 2013, p. 477 et s.

aux droits civils et politiques⁵¹. En l'espèce, Madame *Maimuna Abdulmumini* avait été condamnée à mort par les juridictions nigerianes pour le meurtre présumé de son mari alors qu'elle était âgée de seulement treize ans. Un parallèle peut être établi entre cette interdiction formelle de la condamnation d'un mineur à la peine capitale et celle formulée également par la Cour suprême des Etats-Unis. Appelée à se prononcer sur la légalité de la condamnation d'un mineur à la réclusion criminelle à perpétuité, elle avait admis, en 2005, « qu'il existe un consensus américain pour ne pas infliger la peine de mort à une personne mineure »⁵². Deux ans plus tard, elle précisa, dans une autre affaire, sa doctrine en déclarant « qu'une interdiction catégorique de l'exécution des délinquants âgés de 16 ou 17 ans au moment des faits s'imposait en vertu de l'évolution des normes de décence marquant le progrès d'une société qui devient adulte »⁵³.

3 - *L'affirmation des principes d'égalité et de non-discrimination*

16. Egalité et non-discrimination, *summa divisio*⁵⁴. Classiquement, on opère une distinction, délicate mais indispensable, entre les principes d'égalité et de non-discrimination. L'égalité est « un réquisit général »⁵⁵. Ce faisant, elle impose de traiter de manière égale des situations équivalentes et, par conséquent, prohibe toutes distinctions arbitraires. A l'inverse, une règle de non-discrimination, selon l'heureuse formule de J. Porta, « ne prohibe les différences de traitement, que si elles sont fondées sur certains motifs identifiés comme discriminatoires. La spécificité d'une règle de non-discrimination serait alors de prédéterminer l'illicéité de certains motifs de différenciation, tels le sexe, la religion, le handicap, l'état de santé, l'âge »⁵⁶. Ce préalable posé, on peut affirmer, à la lumière des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO, que le juge communautaire ne tolère aucune entorse aux principes d'égalité (a) et de non-discrimination (b).

a - Le principe d'égalité

17. « A situation identique, traitement identique ». Le principe d'égalité impose de traiter de manière égale des situations équivalentes. C'est en

⁵¹ « Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes ».

⁵² Cour suprême, 3 janv. 2005, *Roper c. Simmons*. Arrêt cité par X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2011, n° 688.

⁵³ Cour suprême, 25 avr. 2007, *Abdul-Kabir v. Quaterman*. Arrêt cité par X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op., cit., n° 688.

⁵⁴ J. PORTA, « Egalité, discrimination et égalité de traitement A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (1^{ère} partie) », *RDT*, 2011, p. 290 et s.

⁵⁵ *Ibid.* p. 293.

⁵⁶ *Ibid.* p. 293.

donnant corps à ce principe matriciel du droit⁵⁷ que la Cour de justice de la CEDEAO a proclamé, dans l'affaire Professeur Etin Moses Essien c. / La République de Gambie, le principe « à travail égal, salaire égal »⁵⁸. De ce principe, un constat infère : tout employeur -personne privée ou publique- est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés se trouvant dans la même situation. On ne peut s'empêcher de relever la grande similitude entre cette décision de la Cour de justice de la CEDEAO et celle rendue par la Cour de cassation française, le 29 octobre 1996, dans l'affaire Ponsolle c. /Sté Delzongle. A cette occasion, la plus haute juridiction judiciaire française avait, elle aussi, proclamé avec fermeté le principe « à travail égal, salaire égal »⁵⁹.

b - Le principe de non-discrimination

18. Les prohibitions. Dans l'affaire Dame Hadjatou Mani Koraou c. /La République du Niger, 27 octobre 2008, la Cour de justice de la CEDEAO a également posé le principe général de non-discrimination. Elle a, en effet, estimé, en l'espèce, que la requérante avait été victime d'une discrimination en raison, notamment, de son sexe. De ce que le principe de non-discrimination a signification d'une règle de droit⁶⁰, il se déduit que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, etc.

4 - Le droit à la liberté et à la sûreté

19. La régularité de la privation de liberté. Le droit à la liberté et à la sûreté pose un postulat fondamental : nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et des conditions préalablement déterminés par la loi. De ce postulat, il en résulte que nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement. Pour rendre concret et effectif ce principe existentiel de l'humanité, la Cour

⁵⁷ Nous empruntons cette expression à B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.*, 1995, *Chron.*, 211.

⁵⁸ Cour de justice de la CEDEAO, 29 octobre 2007, *Professeur Etin Moses Essien c. Gambie*.

⁵⁹ A. LYON-CAEN, « De l'égalité de traitement en matière salariale (à propos de l'arrêt Ponsolle, Cass. soc. 29 octobre 1996) », *Dr. Soc.* 1996, p. 1013.

⁶⁰ O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse, Paris II, 1992, p. 1112.

de justice de la CEDEAO n'a pas hésité à soulever, en moult occasions, le caractère illégal de plusieurs arrestations suivies de détention effectuées dans plusieurs pays de la CEDEAO. Ainsi, dans l'affaire M. Gbagbo c. / La République de Côte d'Ivoire⁶¹, la Cour de justice de la CEDEAO a jugé, non sans audace, que l'arrestation et la détention de Monsieur Michel Gbagbo intervenues sans aucun titre justificatif sont illégales et arbitraires.

Dans une autre affaire, Monsieur Mamadou Tandja c. / La République du Niger⁶², elle a considéré que l'arrestation suivie de la détention de l'ancien président de la République du Niger ne reposait sur aucune base juridique légale. Cette position avait également été la sienne dans l'affaire Ebrimah Manneh c. / La République de Gambie⁶³. La Cour de justice de la CEDEAO a, en l'espèce, condamné la République de Gambie pour arrestation et détention illégales. Observons enfin que toutes ces décisions de la Cour de justice de la CEDEAO ont été rendues au visa de l'article 6 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, aux termes duquel : « tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et des conditions préalablement déterminés par la loi ; en particulier, nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement ».

5 - La liberté d'aller et de venir

20. Composantes. La liberté d'aller et de venir s'entend non seulement de la liberté de circuler sur le territoire (a) mais également du droit de le quitter (b).

a - La circulation sur le territoire

21. Double manifestation. Pour la Cour de justice de la CEDEAO, la circulation sur le territoire doit s'entendre de deux manières. Dans sa première acception, elle donne le droit à toute personne de circuler librement à l'intérieur de son propre pays. C'est dans cette lignée de pensée qu'elle a eu à condamner en des termes très explicites et sévères la République du Niger dans l'arrêt Mamadou Tandja⁶⁴. Elle a, en effet, estimé que l'arrestation et la détention arbitraires et illégales de Monsieur M. Gbagbo avaient constitué des entraves graves à la liberté de circulation du requérant.

Dans sa seconde acception, la circulation sur le territoire ouvre le droit à toute personne de librement choisir sa résidence à l'intérieur de son pays. Pour avoir méconnu cette règle élémentaire et de bon sens de toute société démocratique, la République de Côte d'Ivoire s'attira les foudres de la Cour

⁶¹ Cour de justice de la CEDEAO, 22 février 2013, *Michel Gbagbo c. Côte d'Ivoire*.

⁶² Cour de justice de la CEDEAO, 8 novembre 2008, *Mamadou Tandja c. Niger*.

⁶³ Cour de justice de la CEDEAO, 5 juin 2008, *Ebrimah Manneh c. Gambie*.

⁶⁴ Cour de justice de la CEDEAO, 8 novembre 2008, *Mamadou Tandja c. Niger*.

de justice de la CEDEAO dans l'arrêt Michel Gbagbo⁶⁵. Elle s'était vue condamner par la juridiction communautaire pour avoir placé en toute illégalité et de façon arbitraire en résidence surveillée Monsieur Michel Gbagbo. La mesure d'assignation à résidence a, en effet, été considérée comme une violation grave du droit fondamental du requérant au libre choix de son domicile.

b - La sortie du territoire

22. L'affirmation du principe. La liberté de circulation postule un deuxième principe, celui de pouvoir librement quitter son pays. Tel est l'un des principaux enseignements, sinon le principal, de l'arrêt Karim Wade et autres c. /la République du Sénégal, rendu le 22 février 2012 par la Cour de justice de la CEDEAO⁶⁶. Après avoir constaté par constat d'huissier, à l'aéroport de Dakar, capitale de la République du Sénégal, qu'il leur était interdit, dans le cadre des enquêtes des biens dits mal acquis, de quitter le territoire national en l'absence de toute signification d'une telle décision par un juge, Monsieur Karim Wade, ancien ministre et, qui plus est, fils de l'ancien chef de l'Etat du Sénégal, Me Abdoulaye Wade, et ses coaccusés avaient saisi la juridiction communautaire aux fins de constater la violation de leur liberté fondamentale et constitutionnelle d'aller et de venir. La Cour de justice de la CEDEAO, après avoir rappelé le caractère constitutionnel et conventionnel de la liberté d'aller et de venir, déclara que l'interdiction de sortie du territoire national qui frappait les requérants décidée par le procureur de la République de Dakar et le procureur spécial de la Cour de répression de l'enrichissement illicite (CREI) était illégale parce qu'elle ne reposait sur aucune base juridique. En soutien de cette solution, la Cour de justice s'est fondée sur les prescriptions de l'article 12-2 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose que : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ».

23. Des droits et de libertés non encore consacrés. Au terme de cette incursion dans la catégorie des droits et libertés consacrés par la Cour de justice de la CEDEAO, trois brèves observations s'imposent.

La première, c'est que la liste des droits et libertés n'est pas exhaustive. La juridiction communautaire ouest-africaine a dégagé d'autres droits et libertés. Ainsi, dans une affaire, elle a estimé, en effet, que l'armée nigeriane

⁶⁵ Cour de justice de la CEDEAO, 22 février 2013, *Michel Gbagbo c. Côte d'Ivoire*.

⁶⁶ Cour de justice de la CEDEAO, 22 février 2013, *Karim Wade et coaccusés c. Sénégal*.

n'avait « aucune justification » pour ouvrir le feu sur les habitants de Bunda Ama, un quartier de la ville de Port-Harcourt dans l'extrême sud du Nigeria⁶⁷. Et de conclure que l'usage de la force par l'armée nigeriane a été jugé excessif. De cet arrêt, un constat infère : la Cour invite l'armée et, par voie de conséquence, toute autorité investie d'un pouvoir à « mettre de la proportion »⁶⁸ dans leurs interventions. Ce faisant, elle consacre, pour reprendre la belle formule de P. Martens, « l'irrésistible ascension du principe de proportionnalité »⁶⁹.

La seconde observation, c'est que la liste des droits et libertés proclamés par la Cour de justice de la CEDEAO n'est pas définitive. Celle-ci est, en effet, appelée, au fil du contentieux, à s'élargir. Il existe, en effet, un stock considérable de droits et libertés qui n'ont pas fait l'objet de consécration par la Cour de justice de la CEDEAO. Parmi ces droits et libertés, on peut, notamment, citer la protection de la propriété, la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de religion, la liberté de réunion et la liberté de manifestation, la liberté syndicale et associative, le droit au mariage, au respect de la vie familiale, de la vie privée, du domicile, de la correspondance etc.

La troisième, mais ultime et cruciale observation, c'est que la catégorie des « droits à »⁷⁰ n'est pas que « des pétitions de principe, suspendues à l'existence d'une organisation susceptible de les honorer »⁷¹. Elle a, en effet, un débiteur, le ou les Etat(s) et des créanciers, les citoyens.

A ces droits et libertés tenant à la substance du droit, la Cour de justice de la CEDEAO a aussi proclamé et consacré des droits d'ordre procédural.

B - L'ordre public procédural

24. Le droit à un procès équitable. L'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme est le socle sur lequel repose l'obligation fondamentale aux Etats d'assurer le respect d'une procédure équitable. En effet, aux termes de ses prescriptions, « (1) toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a. le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur ; b. le droit à la présomption jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente ; c. le droit à la défense, y compris celui de se

⁶⁷ Cour de justice de la CEDEAO, 10 juin 2014, *Habitants de Bunda Ama c. Nigeria*.

⁶⁸ Nous empruntons cette expression à F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2012, p. 120.

⁶⁹ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 65 et s.

⁷⁰ M. PICHARD, *Le droit à Etude de législation française*, Economica, 2006.

⁷¹ A. SUPIOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, op. cit., p. 294.

faire assister par un défenseur de son choix ; d. le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale. (2) Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable. Aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant ». De l'interprétation de cet article en effet, la Cour de justice de la CEDEAO a dégagé un ensemble de principes et de règles, au premier rang desquels les garanties générales du procès équitable (1) et les droits de l'accusé ou de la défense (2).

1 - Les garanties générales du procès équitable

25. Composantes. Pour la Cour de justice de la CEDEAO, constituent des garanties générales du procès équitable le droit à un tribunal indépendant et impartial (a) et le droit à un juge (b).

a - Le droit à un tribunal indépendant et impartial

26. L'indépendance et l'impartialité, vertus cardinales de la justice. Bien qu'inscrite dans la totalité des Constitutions des Etats de l'Afrique de l'Ouest, l'indépendance de la justice demeure, malheureusement, encore de nos jours, une chimère. La justice se trouve, en effet, inféodée au pouvoir politique. Comme le note E. Diarra, les autorités politiques ont « tendance à s'immiscer dans le processus de décisions de justice »⁷². Ainsi, en Côte d'Ivoire, note R. Degni-Segui, alors qu'un « arrêt de la Cour suprême daté du 8 février 1985 annulait les examens du certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA), le président de la République, se prenant pour un degré supérieur de juridiction, décide... en dernier ressort... de limiter les effets de l'arrêt aux seuls candidats malheureux »⁷³. Or, un juge doit exercer son office en toute liberté, en toute impartialité, caractérisée, par Y. Strickler, « comme l'état de celui qui apprécie ou juge une personne sans parti pris favorable ou défavorable »⁷⁴. C'est dans cette lignée de pensée que la Cour de justice de la CEDEAO a rappelé, dans l'affaire H. Habré c. Sénégal, que l'indépendance et l'impartialité du juge constituent des garanties essentielles du procès équitable⁷⁵.

⁷² E. DIARRA, « La protection des droits de l'homme en Afrique et en Europe : convergence et divergence », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite »*, sous la direction de P. TAVERNIER, Bruxelles, 1996, p. 407 et s ; spéc., p. 436.

⁷³ R. DEGNI-SEGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la Communauté francophone*, Montréal, 1994, p. 250.

⁷⁴ Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », in *Liberté et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, Dalloz, 2014, p. 597.

⁷⁵ Cour de justice de la CEDEAO, 18 novembre 2010, *Hissein Habré c. Sénégal*.

b - Le droit à un tribunal

27. L'accès au service public de la justice. Maillon essentiel du procès équitable, le droit à un tribunal peut être défini comme « le droit pour toute personne physique ou morale d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits »⁷⁶. A l'échelle du continent africain, ce droit a un caractère fondamental et indérogeable. Telle est la position de la Cour de justice de la CEDEAO. Par arrêt Bouréima Sidi Cissé c. Mali du 21 février 2014⁷⁷, en matière pénale, elle condamna la République du Mali au fondement de l'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, aux termes duquel : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal... ». En l'espèce, une plainte contre X pour meurtre s'était perdue, voire volatilisée dans les méandres, les dédales d'un palais de justice du Mali.

2 - *Les droits de l'accusé ou de la défense*

28. Des droits et principes consacrés. La Cour de justice de la CEDEAO a consacré certains principes directeurs de la procédure pénale, notamment les principes de la légalité des délits et des peines, de la non-rétroactivité de la loi pénale, de la règle *non bis in idem*. En sus de la consécration de ces principes, elle a également reconnu à tout prévenu, tout accusé quatre droits fondamentaux : droits à la présomption d'innocence, à être entendu avant le prononcé de toute sanction, d'être jugé dans un délai raisonnable, à un double degré de juridiction en matière pénale. Nous les parcourons successivement.

a - La présomption d'innocence

29. Le premier de tous les principes en matière criminelle. Principe de grande actualité⁷⁸, la présomption d'innocence exige qu'un « accusé, fût-il condamné en première instance, soit toujours réputé innocent aux yeux de la loi jusqu'à ce que la sentence soit confirmée en dernier ressort »⁷⁹. Sur le plan international, le droit à la présomption d'innocence est consacré et garanti par l'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme⁸⁰.

⁷⁶ L. FAVOREU et T. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », in *Rép. Contentieux administratif*, Sirey, 1992, spéc. p. 90.

⁷⁷ Cour de justice de la CEDEAO, 22 février 2014, *Bouréima Sidi Cissé c. Mali*.

⁷⁸ J. PRADEL, « La présomption d'innocence : un colosse aux pieds d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, Lexis Nexis, 2012, p. 605.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 605.

⁸⁰ Art. 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme : « Toute personne accusée d'un acte est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie au cours d'un procès où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées ».

Il est également garanti à l'échelle du continent africain. Il se trouve, en effet, inscrit au fronton de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁸¹. Et c'est en application de ce texte que la Cour de justice de la CEDEAO a reconnu signification normative au principe de la présomption d'innocence dans les pays de la CEDEAO. Par l'arrêt Karim Wade et Coaccusés c. Sénégal du 22 février 2013, elle condamne la République du Sénégal en estimant que le procureur spécial de la Cour de répression de l'enrichissement illicite (CREI), A. Ndao, de par ses très nombreuses déclarations dans les médias, avait violé le droit à la présomption d'innocence des requérants.

b - Le principe de la légalité des délits et des peines

30. « Nullum crimen, nulla poena sine lege ». Comme le droit à la présomption d'innocence, la Cour de justice de la CEDEAO a également reconnu signification normative au principe de la légalité des délits et des peines, en affirmant, dans l'affaire Hissen Habré c. Sénégal⁸², que « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable. Aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise ».

c - Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale

31. Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, continuum du principe de la légalité des délits et des peines. Dans l'affaire Hissen Habré c. Sénégal⁸³, la Cour de justice de la CEDEAO a estimé, en effet, que l'Etat du Sénégal a gravement méconnu les dispositions de l'article 7.2 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de l'article 11.2 de la déclaration universelle des droits de l'homme qui interdisent la rétroactivité d'une disposition d'ordre pénal. Cet arrêt mérite une attention particulière. En l'espèce, M. Hissen Habré, ancien président de la République du Tchad, a été arrêté au Sénégal, pays où il s'est réfugié, pour tortures, peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants durant sa présidence entre juin 1982 et décembre 1990. Les avocats de l'association des victimes de crimes et répression politique du Tchad demandaient à ce que M. Hissen Habré puisse être jugé au Sénégal sur le fondement de l'article 5-2 de la convention de New York du 10 décembre 1984 contre la torture ou traitements cruels inhumains ou dégradants qui fait peser sur Chaque Etat partie l'obligation de prendre des mesures nécessaires aux fins de connaître des infractions visées à

⁸¹ Art. 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples : « Le droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente ».

⁸² Cour de justice de la CEDEAO, 18 novembre 2010, *Hissein Habré c. Sénégal*.

⁸³ Cour de justice de la CEDEAO, 18 novembre 2010, *Hissein Habré c. Sénégal*.

l'article 4⁸⁴ dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur son territoire et où ledit Etat ne l'extrade pas. Mais cette thèse n'a pas emporté la conviction de la plus haute juridiction sénégalaise. Elle a, en effet, déclaré les juridictions sénégalaises incomptentes au motif que l'exécution de la convention nécessitait que soient prises par le Sénégal des mesures législatives préalables notamment la transposition dans son Code de procédure pénale de l'article 4 de la convention de New York qui édicte une compétence universelle des tribunaux en matière de crimes de torture. C'est dans ce contexte que l'Etat du Sénégal modifia sa législation aux fins de pouvoir juger M. Hissen Habré pour torture ou traitements cruels inhumains ou dégradants.

d - La règle *non bis in idem*

32. Le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois. Dans la même affaire Hissen Habré c. Sénégal⁸⁵, la Cour de justice de la CEDEAO a posé *expressis verbis* la règle *non bis in idem*, en vertu de laquelle une personne jugée pour un fait délictueux ne peut être jugée à nouveau pour le même fait. Elle a, en effet, estimé que l'Etat du Sénégal ne pouvait pas ouvrir une nouvelle poursuite judiciaire contre M. Hissen Habré alors même qu'il avait bénéficié pour les mêmes faits d'une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée.

e - Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

33. Le temps du procès. En Afrique en général et en Afrique de l'Ouest en particulier, le temps du procès est souvent perçu comme étant trop long par les justiciables. Ils ont, en effet, le sentiment, selon la belle formule de La Bruyère, que si « le devoir des juges est de rendre la justice, leur métier, de la différer ». On a, en effet, l'impression que les juges statuent à un train de sénateur. Entre l'introduction d'une demande en justice, le *dies a quo* et une décision définitive au fond, le *dies ad quem*, il peut s'écouler un délai très considérable, déraisonnable. L'exemple le plus topique est l'affaire Kaboré Ali Noaga « qui a traîné de 1960 à 1986, donnant à huit décisions, dont la première est celle du Tribunal civil de Ouagadougou (Burkina Faso) du 16 février 1961, et la dernière, celle de la Haute Cour judiciaire du 20 mai 1986 »⁸⁶. On peut, malheureusement, établir le même constat en matière pénale. En effet, entre l'arrestation d'une personne et sa comparution devant

⁸⁴ L'article 4 de la Convention oblige tout Etat partie à veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal et soient passibles de peine appropriées.

⁸⁵ Cour de justice de la CEDEAO, 18 novembre 2010, *Hissein Habré c. Sénégal*.

⁸⁶ K. SANWIDI, « La protection des droits de l'homme au Burkina Faso », in *Les droits de l'homme en Afrique*, Institut des droits de l'homme et de la paix, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1991, p. 98.

une formation de jugement, il peut s'écouler aussi un délai très considérable, déraisonnable. Or, tout prévenu, tout accusé doit être jugé dans un temps ni trop court⁸⁷ ni trop long. Ce temps est dénommé délai raisonnable⁸⁸, une composante du procès équitable⁸⁹. Ce faisant, la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour dépassement du délai raisonnable. C'est dans cette veine que la Cour de justice de la CEDEAO a retenu, dans l'affaire *Kpatcha Gnassingbé et co-accusés c. Togo*⁹⁰, la responsabilité de l'Etat du Togo, en estimant que « la détention des requérants à l'Agence Nationale du Renseignement (ANR), pendant plus de deux ans, est une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable ».

Outre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le prévenu ou l'accusé a droit également à un double degré de juridiction en matière pénale.

f - Le droit à un double degré de juridiction en matière pénale

34. La consécration du principe du double degré de juridiction en matière pénale. En matière pénale, le principe du double degré de juridiction est une exigence fondamentale. Il est, d'ailleurs, consacré et garanti par l'article 14, § 5 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux termes duquel : « toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi ».

Sur le plan africain, la Cour de justice de la CEDEAO a également élevé le principe du double degré de juridiction à la dignité de principe fondamental du procès équitable. Par arrêt *Thankgod Ebhos c. Nigeria* du 10 juin 2014, elle consacre un droit au double degré de juridiction en matière pénale au fondement de l'article 14, § 5 du pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹¹. La Cour a, en effet, ordonné, en l'espèce, au Nigeria de ne pas exécuter le requérant avant l'examen de son recours en appel.

⁸⁷ V. G. BOLARD et G. FLECHEUX, « Justice hâtive, justice rapide : « quand une justice hâtive tarde l'issue du procès », *J.C.P.*, 1997, I. 4061.

⁸⁸ Sur cette notion, v. C. PERLMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *A.P.D.*, *Sirey*, 1978, p. 35 et s ; G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français, Développements récents », *RTD civ.*, 1984, p. 439 ; J.-P. FLAUVS, « Le délai raisonnable au sens des articles 5-3 et 6-1 de la CEDH », in *R.T.D.H.* 1991, p. 56 et s ; F. TULKENS, « Le délai raisonnable et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le temps, la justice et le droit*, Presses universitaires de Limoges, 2004, p. 207 ; F. ABIKHZER, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? AJDA, 2005, 2005, p. 983.

⁸⁹ L'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que « toute personne a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale... ».

⁹⁰ Cour de justice de la CEDEAO, 28 novembre 2013, *Kpatcha Gnassingbé et co-accusés c. Togo*.

⁹¹ Cour de justice de la CEDEAO, 10 juin 2014, *M. Thankgod Ebhos c. Nigeria*.

35. Des principes et des droits procéduraux non encore consacrés. De l'analyse consacrée à l'ordre public procédural ouest-africain résulte un constat : celui-ci demeure incomplet, non exhaustif. En effet, plusieurs principes et droits procéduraux comme le principe du contradictoire, les droits à l'exécution des décisions de justice, à ne pas s'incriminer, à participer à son procès, à un avocat n'ont pas encore été consacrés par la Cour de justice de la CEDEAO. C'est pourquoi la liste des principes et droits procéduraux est appelée demain à s'élargir, à se développer. Pour ce faire, les plaideurs ouest-africains doivent placer leur dossier sur ces terrains. Comme l'a si bien démontré le doyen Carbonnier, l'apport des parties au procès est très important: « Les juges ont rarement le pouvoir d'invention que suppose l'engouement contemporain pour la jurisprudence. Du moins en France. Il n'est pas réaliste de leur attribuer un tel pouvoir créateur. Sauf quand ils soulèvent un moyen d'office dans les matières d'ordre public, ce qui est rare et, d'ailleurs, bien souvent, désastreux, même pour la logique, les juges ne font que s'approprier une des thèses soutenues devant eux. On n'y réfléchit pas suffisamment : les juges n'ont, en réalité qu'un rôle de choix, d'option entre deux thèses qui ont été développées devant eux, deux raisonnements qui leur ont été proposés. Ce ne sont pas les juges qui raisonnent ; leur pouvoir est de choisir entre deux raisonnements faits par autrui »⁹².

A partir de ces éléments, il est possible d'en conclure que l'existence d'un ordre public ouest-africain est désormais incontestable. Il ne nous reste plus qu'à analyser ses effets.

II - Les effets de l'ordre public ouest-africain

36. La réalisation⁹³ de l'ordre public ouest-africain. De décision en décision, d'espèce en espèce, la Cour de justice de la CEDEAO a dessiné, précisé, voire renforcé les contours de l'ordre public ouest-africain. Toutefois, pour que celui-ci devienne réellement effectif, les arrêts de la Cour doivent pouvoir déployer la plénitude de leurs effets sur les législations (*B*) et les juridictions nationales (*C*). A cette fin, les arrêts de la Cour doivent avoir non pas un caractère déclaratoire mais exécutoire, normatif (*A*).

⁹² J. CARBONNIER, *Le procès et le jugement, cours de sociologie juridique*, 1961-1962, Ronéo. (Ass. Corpo des étudiants en droit), p. 214-215.

⁹³ Sur cette notion, v. J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Fondation Varenne L.G.D.J., préf. de A. LYON-CAEN, n° 21 : « Qu'est-ce que la réalisation ? Une règle se réalise lorsque et dans la mesure où le modèle normatif qu'elle prescrit se concrétise. La réalisation du droit désigne l'ensemble des phénomènes par lequel un contexte est transformé en fonction des expectatives normatives qu'énonce une règle. Cette concrétisation est souvent pensée comme permettant notamment le passage du droit au fait ».

A - La normativité⁹⁴ des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO

37. Caractère déclaratoire ou force normative. On peut se demander, avec A. Dieye⁹⁵, si les arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO ont une force obligatoire, normative. Formulée autrement, la question est de savoir s'ils sont un effet *erga omnes*. La force normative⁹⁶ en effet, implique une norme, une décision⁹⁷ qui oblige, constraint son ou ses destinataires à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Prise dans cette acception, la force normative des arrêts de la Cour serait alors leur capacité à s'imposer aux pouvoirs publics, aux autorités juridictionnelles et administratives de chacun des Etats membres de la CEDEAO. Ou, bien au contraire, il se peut que les arrêts de la Cour soient seulement déclaratoires. Dans cette perspective, ils ne seront pas directement exécutoires sur l'ensemble des territoires des Etats membres de la CEDEAO⁹⁸. On peut affirmer, à la lumière du traité instituant la CEDEAO, de son préambule et de ses protocoles additionnels, que la Cour de justice rend des arrêts qui ont force normative, obligatoire.

38. Le fondement textuel de la force normative des arrêts de la Cour. La force normative des arrêts de la Cour résulte, en effet, de la combinaison de plusieurs dispositions des textes de la CEDEAO. L'article 15 § 4 du traité de la CEDEAO dispose, d'abord, que « les arrêts de la Cour de justice ont force obligatoire à l'égard des Etats membres, des institutions de la Communauté et des personnes physiques et morales ». L'article 22 du protocole additionnel du traité de la CEDEAO relatif à la Cour de justice dispose, ensuite, que les arrêts rendus par la Cour sont « immédiatement exécutoires et ne sont pas insusceptibles d'appel ». Enfin, l'article 24 énonce que « les Etats membres et les Institutions de la Communauté sont tenus de prendre sans délai toutes les mesures nécessaires de nature à assurer l'exécution de la décision de la Cour »⁹⁹. De l'examen de tous ces textes, résulte un constat :

⁹⁴ Nous empruntons cette expression à M. J.-P. COSTA, « La normativité des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La force normative Naissance d'un concept*, C. THIBIERGE et alii, (dir.), L.G.D.J. Bruylant, 2009, p. 30 et s.

⁹⁵ A. DIEYE, « La Cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des Etats membres. Quelles relations ? », in *Les Nouvelles Annales Africaines* n° 1, p. 187 et s.

⁹⁶ Sur la force normative, v. C. THIBIERGE et alii, *La force normative Naissance d'un concept*, op. cit.

⁹⁷ Sur la distinction entre la décision et la règle, v. P. MAYER, *La distinction entre règle et décision et le droit international privé*, préf. H. BATIFFOL, éd. Dalloz, 1973.

⁹⁸ V. sur ce point : O. DUBOIS, « Les arrêts des juridictions européennes : quelles forces ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Molinier*, L.G.D.J., 2012, p. 175.

⁹⁹ Pour plus de détails sur le caractère obligatoire des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO, v. A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, op. cit., p. 17.

les arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO ont un effet *erga omnes*. Par conséquent, ils s'imposent purement et simplement aux pouvoirs publics, aux autorités juridictionnelles et administratives¹⁰⁰.

39. Bilan « provisoire » de l'état d'exécution des arrêts de la Cour de justice. Dans un article célèbre, P. Durand invitait le juriste à chercher si la décision de justice est effectivement exécutée¹⁰¹. Répondant à cette invite, nous allons chercher si tel est le cas des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO. Autrement dit, les Etats acceptent-ils de se plier aux décisions de la Cour ? En effet, l'existence des droits est une chose, leur effectivité en est une autre. Et, dans cette lignée de pensée, on peut dire que les Etats membres de la CEDEAO ont adopté, pour le moment, à l'égard des arrêts de la Cour, trois attitudes d'inégale importance.

La première, positive, consiste à exécuter les arrêts de la Cour. Ainsi, chaque fois qu'ils ont été condamnés par la Cour à payer une indemnité réparatrice à un ou une requérante, les Etats ont toujours répondu favorablement. L'exemple le plus topique est celui du Niger. Condamné par la Cour à payer la somme de dix millions de FCA, soit 7 500 euros à Madame Hadijatou Mani Koraou pour préjudice moral consécutif à l'état d'esclavage dans lequel elle était réduite, l'Etat du Niger s'est acquitté de cette obligation¹⁰².

La seconde, négative, consiste, quant à elle, à ne pas respecter le pouvoir d'injonction de la Cour. A plusieurs reprises, la Cour a enjoint, sans grand succès, à plusieurs pays de remettre en liberté dans les plus brefs délais des personnes arrêtées arbitrairement et illégalement. Ainsi, les injonctions de libération immédiate de Monsieur Mamadou Tandja¹⁰³ pas plus que celle de Monsieur Michel Gbagbo¹⁰⁴ n'ont guère été exécutées respectivement par les Etats du Niger et de Côte d'Ivoire. On peut, dans la même veine, regretter l'attitude des autorités sénégalaises dans une affaire similaire. Condamné par la Cour de justice de la CEDEAO à lever la mesure d'interdiction de sortie du territoire national dont faisaient l'objet les requérants Karim Wade et autres, l'Etat du Sénégal a, lui aussi, refusé d'exécuter cette décision.

¹⁰⁰ A. DIEYE, « La Cour de justice de la CEDEAO et les juridictions nationales des Etats membres », *op. cit.*, p. 189.

¹⁰¹ P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé », *D.* 1956, *Chron.*, p. 73 et s ; spéc., p. 76.

¹⁰² V. le journal *Le Monde*, quotidien français, 5 avril 2009.

¹⁰³ Cour de justice de la CEDEAO, 8 novembre 2008, *Mamadou Tandja c. Niger*.

¹⁰⁴ Par ordonnance de référé n° ECW/CCJ/RUL/09/12, la Cour de justice a enjoint l'Etat de la République de Côte d'Ivoire de remettre Michel Gbagbo en liberté.

La troisième, celle de la Gambie, consiste, enfin, non seulement à ne pas se soumettre aux décisions de la Cour¹⁰⁵, mais, aussi et surtout, à nier toute compétence à la Cour en matière de violation des droits de l'homme. Ainsi, dans l'affaire qui l'a opposée au requérant Ebrimah Manneh¹⁰⁶, la Gambie ne s'est même pas déplacée le jour de l'audience pour faire valoir ses arguments, arguant que le contentieux ne relevait pas de l'office du juge¹⁰⁷ ouest-africain¹⁰⁸.

40. *Pacta sunt servanda : la force obligatoire de la parole.* Qu'il s'agisse de l'attitude des autorités Nigériennes, Ivoiriennes et Sénégalaisses consistant à méconnaître le pouvoir d'injonction de la Cour, ou de l'attitude des autorités gambiennes allant jusqu'à exprimer leur désapprobation après un arrêt condamnant leur pays, toutes ces attitudes sont inadmissibles voire condamnables. Les Etats membres de la CEDEAO ont, en effet, une obligation morale de respecter les décisions de la Cour. Car, la force normative des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO repose sur l'un des grands principes, dogmes fondamentaux de toute société ordonnée : la force obligatoire de la parole¹⁰⁹. Comme l'a écrit L. Josserand, « La force obligatoire des contrats est à la base même de la vie en communauté ; de tout temps, on a considéré que le respect dû à la parole donnée est un des axiomes

¹⁰⁵ Condamné en 2007 par la Cour de justice de la CEDEAO à verser la somme de 200 000 dollars Us au requérant Musa Saïdy Khan pour détention illégale et arbitraire et torture, la Gambie de Yaya Jammeh a refusé d'exécuter cette décision. Cf. Cour de justice de la CEDEAO, 16 décembre 2010, *Musa Saïdy Khan c. Gambie*.

¹⁰⁶ Cour de justice de la CEDEAO, 5 juin 2008, *Chief Ebrimah Manneh c. Gambie*.

¹⁰⁷ Sur l'office du juge, v. J. NORMAND, « Office du juge », in *Dictionnaire de la Justice*, sous la direction de L. CADIET, PUF, p. 925 et s.

¹⁰⁸ Sur la tension entre la Cour de justice de la CEDEAO et la Gambie, v. A. SALL, *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, op. cit., p. 375 : « L'arrêt « Ebrimah Manneh contre République de Gambie » sera sans doute perçu comme l'acte ayant scellé -seulement pour un temps, il faut l'espérer- la mésintelligence entre la juridiction communautaire et l'Etat défendeur. On souvient en effet la jurisprudence « Moses Essien contre République de Gambie », du 29 octobre 2007, avait déjà marqué une certaine tension entre la Cour de justice de la CEDEAO et l'Etat membre. Celui-ci, non seulement avait fait défaut, mais avait cru bon d'écrire à la Commission de la Communauté pour exprimer son « mécontentement » après le verdict rendu. Dans la présente affaire, la Gambie a tout aussi nettement refusé de se présenter devant la Cour. Il est même précisé que « malgré tous (les) efforts déployés par le Greffe de la Cour pour amener la défenderesse à prendre part au procès, (celle-ci) ne s'est pas présentée. Puis, « par lettre datée du 23 2007 adressée au Président de la Commission datée du 23 août 2007 adressée au président de la Commission de la CEDEAO, avec ampliation à la Cour, la défenderesse a déclaré « qu'elle refuse de participer ou d'assister à l'audience de la Cour du 26 septembre 2007 ». »

¹⁰⁹ Sur la force obligatoire de la parole, v. A. SUPIOT, *Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Essai, 2005, p. 135 et s.

fondamentaux qui, issus du droit naturel, ont passé dans toutes les législations »¹¹⁰.

Moyennant ces précisions, la force normative des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO doit emporter une conséquence : le bouleversement de tout l'ordonnancement juridique¹¹¹ ouest-africain à travers les réceptions jurisprudentielle et législative des solutions dégagées par la Cour.

B - La réception jurisprudentielle des solutions dégagées par la Cour de justice de la CEDEAO

41. Immédiateté normative de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO à l'égard des juridictions nationales. Les arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO sont, à l'égard des autorités juridictionnelles, dotés d'une force normative. Ce faisant, aucune juridiction, aucune autorité administrative indépendante, aucun juge, fût-il constitutionnel, administratif ou judiciaire, ne peut, ne saurait se soustraire à l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO.

L'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO par les juridictions nationales sera analysée à la seule aune du juge judiciaire. En effet, l'analyse de l'application de la jurisprudence du juge ouest-africain par l'ensemble des ordres juridictionnels nécessiterait, en effet, qu'on y consacre de très longs développements ; toute chose qui s'avère impossible dans le cadre d'un article. Aussi a-t-on jugé que le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, est le juge naturel¹¹² de l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO.

42. Le juge judiciaire et l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO. Les manifestations de l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO par le juge judiciaire peuvent prendre diverses formes : d'abord, le juge judiciaire peut appliquer la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO dans les litiges (1) ; ensuite, il peut l'invoquer pour faire obstacle à l'application de la loi étrangère (2) ou à la reconnaissance des décisions étrangères issues d'Etats membres ou non de la CEDEAO (3).

¹¹⁰ L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *Recueil hebdomadaire Dalloz*, 1933, n° 32.

¹¹¹ Sur cette notion, v. A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, *Chron.*, p. 359 et s.

¹¹² Sur cette notion, v. V. LAMANDA, « Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de J.-P. Costa*, *Dalloz*, 2011, p. 363 et s.

1 - L'application de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO par les juridictions ouest-africaines

43. Deux cas de figure. Le juge judiciaire peut appliquer aux litiges la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO dans deux cas de figure : soit par l'invocation des parties au procès (a), soit en relevant d'office la violation de l'ordre public ouest-africain (b).

a - L'invocabilité de l'ordre public ouest-africain devant les juridictions judiciaires

44. L'effet direct de l'ordre public ouest-africain. Si tant est que les éléments constitutifs de l'ordre public ouest-africain soient invocables devant les juridictions, les justiciables seraient fondés à en demander application à leur litige ou différend¹¹³. Ainsi, un enfant naturel pourrait demander au fondement des principes d'égalité et de non-discrimination la neutralisation des dispositions législatives l'excluant de la succession de son père. De même, une fille peut demander sur le même fondement la mise à l'écart des normes successorales qui ne lui accordent, en matière successorale, que la moitié de celle revenant à un garçon. On peut relever, au passage, qu'un requérant français, Monsieur Mazurek, avait pu obtenir de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg l'établissement de l'égalité entre les enfants naturels et légitimes en matière successorale. Sur un tout autre plan, un justiciable astucieux (ou de son avocat) pourra obtenir d'une juridiction au visa de l'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples la récusation d'un juge pour défaut d'indépendance ou d'impartialité. De même, un justiciable serait également fondé au visa du même article le respect de ses droits : à la présomption d'innocence, au double degré de juridiction en matière pénale, d'être jugé dans un délai raisonnable, etc.

Reste dès lors à examiner le second versant de la question : l'application d'office des dispositions de l'ordre public ouest-africain.

¹¹³ Sur la distinction entre litige et différend, v. J.-F. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Editions de Minuit, 1983 ; Fr. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2013, p. 208 : « (...) Il faudrait réfléchir ici à la féconde distinction entre litige et différend qu'introduit à cet égard J.-F. LYOTARD. Alors que le litige est redévable d'un code de principes et de valeurs commun aux deux protagonistes, de sorte qu'il conduit normalement du plaignant qui a subi un dommage (lui aussi évaluable selon des échelles acceptées), le différend, en revanche, demeure intraitable : il n'est qualifiable par aucune règle commune, de sorte que le tort que subit la victime reste non compensé, et souvent même inexprimable ».

b - L'obligation pour le juge judiciaire de relever d'office la violation de l'ordre public ouest-africain

45. Un moyen d'ordre public. Un moyen de droit est « dit d'ordre public lorsqu'il touche à un principe essentiel du droit. Il ne dépend pas de la volonté des plaideurs de renoncer à l'application d'un moyen d'ordre public et leur silence n'empêche nullement le juge, à chaque niveau de juridiction, de le relever d'office »¹¹⁴. A partir de cette définition, on peut dire que les éléments constitutifs de l'ordre public ouest-africain sont tous des moyens d'ordre public, car ils touchent à des principes essentiels de la société ouest-africaine. Par conséquent, le juge judiciaire a l'obligation de les appliquer d'office. Pour se convaincre du bien-fondé de cette affirmation, il suffit de se reporter à l'arrêt *Hadjatou Mani Koraou c. Niger*¹¹⁵ de la Cour de justice de la CEDEAO. Dans cet arrêt, la Cour déclare, en effet, que « (...) le juge national saisi d'une affaire relative à l'état des personnes, comme ce fut le cas de Dame Hadjatou Mani Koraou devant le Tribunal de Grande Instance doit, lorsque l'affaire laisse apparaître un fait de servitude, soulever d'office ce cas de servitude et entamer la procédure de répression. En conclusion, sur ce point, la Cour relève que le juge national nigérien saisi de l'action de Dame Hadjatou Mani Koraou c. le sieur El Hadj Souleymane Naroua, au lieu de dénoncer d'office le statut d'esclave de la requérante comme une violation de l'article 270.1 à 5 du Code pénal nigérien tel que modifié par la loi n° 2003-025 du 13 juin 2003, a plutôt affirmé que « le mariage d'un homme libre avec une femme esclave est licite, dès lors qu'il n'a pas les moyens d'épouser une femme libre et s'il craint de tomber dans la fornication. La Cour estime que reconnaître ainsi le statut d'esclave de Dame Hadjatou Mani Koraou sans dénoncer cette situation, est une forme d'acceptation, ou du moins, de tolérance de ce crime ou de ce délit que le juge nigérien avait l'obligation de faire poursuivre pénalement ou de sanctionner le cas échéant. (...) En définitive, en omettant de soulever d'office une interdiction d'ordre public et de prendre ou faire prendre les mesures adéquates pour en assurer la répression, le juge national nigérien n'a pas assumé sa mission de protection des droits de Hadjatou Mani Koraou et a, de ce fait, engagé la responsabilité de la défenderesse au même titre que l'autorité administrative lorsqu'elle a déclaré : « Ecoutez, moi je ne peux rien faire, il faut vous en aller ».

En sus de son invocabilité devant les juridictions de l'ordre judiciaire, l'ordre public ouest-africain peut également faire obstacle à l'application de la loi étrangère.

¹¹⁴ S. GUINCHARD et alii, *Procédure civile*, Dalloz, 31 éd. 2012, n° 500.

¹¹⁵ Cour de justice de la CEDEAO, 27 octobre 2008, *Hadjatou Mani Koraou c. Niger*.

2 - L'ordre public ouest-africain, obstacle à l'application de la loi étrangère issue d'Etats membres ou non de la CEDEAO

46. Le principe de l'application de la loi étrangère. Saisi aux fins de trancher une question touchant, par exemple, l'état et la capacité, un juge sera amené à appliquer une loi étrangère. Cela s'explique par le fait que l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale¹¹⁶.

47. L'éviction de la loi étrangère. Toutefois, lorsque l'application de la loi étrangère n'est admissible que si elle respecte les prescriptions de l'ordre public international, caractérisé par la doctrine comme un ensemble « de valeurs essentielles » d'une société donnée¹¹⁷. C'est pourquoi, le juge du for doit, en définitive, écarter la loi étrangère si elle s'avère incompatible avec l'ordre public international.

Force est cependant de constater que l'ordre public international est en pleine mutation¹¹⁸ et il serait même en passe d'être absorbé par les droits fondamentaux¹¹⁹. C'est dans cette optique que la Cour de cassation française, par exemple, subordonne de plus en plus l'application du droit étranger à l'absence de violation d'un droit fondamental du droit français. Par arrêt du 24 février 1998, la Cour de cassation écarte une loi suisse « imposant une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale »¹²⁰.

Ce préalable noté, on peut se demander si l'ordre public ouest-africain pourrait faire échec à l'application d'une norme issue d'Etats membres de la CEDEAO ou non. Une réponse positive semble devoir s'imposer. Car, comme l'ordre public international, l'ordre public ouest-africain est un corpus de règles et de principes propres à la société ouest-africaine. C'est pourquoi dans l'application de la loi étrangère, qu'elle provienne ou non d'un Etat membre de la CEDEAO, le juge du for doit vérifier que la norme querellée ne méconnaît point un élément constitutif de l'ordre public ouest-africain. Ainsi, un juge ivoirien pourrait décider que la loi malienne, qui exclut l'enfant naturel de la succession de son père, est contraire à l'ordre public ouest-africain et, par voie de conséquence, l'écarter. De même, il peut décider que l'inégalité successorale entre la fille et le garçon est également contraire à l'égalité des sexes.

¹¹⁶ V. sur ce point, M.-L. NIBOYET, D. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2009, n° 206.

¹¹⁷ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC *et alii* (dir.), Dalloz, 2014, p. 123.

¹¹⁸ F.-X. TRAIN et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Ordre public international. Notion d'ordre public international privé », *Fas.* 534-1, n° 13.

¹¹⁹ *Ibid.*, n° 13.

¹²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1998.

3 - L'ordre public ouest-africain, obstacle à la reconnaissance des décisions étrangères

48. L'equatatur. En droit interne, les décisions de justice rendues par les Cours et Tribunaux bénéficient de la force exécutoire. Par conséquent, elles « autorisent leur bénéficiaire à en obtenir l'exécution matérielle, le cas échéant en ayant recours à la contrainte publique »¹²¹. La question que l'on se pose est de savoir si une décision étrangère peut produire le même effet. Un divorce prononcé entre deux époux en France peut-il produire ses effets au Niger, en sorte que les époux y seront regardés comme effectivement divorcés ? Une réponse positive paraît devoir prévaloir. Une décision étrangère peut être accueillie au sein d'un ordre juridique donné et peut y produire effet. Pour ce faire, il est nécessaire d'introduire une procédure spécifique, la procédure d'equatatur. L'equatatur est l'acte qui confère force exécutoire, dans l'ordre juridique donné, à une décision étrangère.

49. Conformité de la décision étrangère à l'ordre public ouest-africain.

Pour pouvoir être revêtue de l'equatatur, une décision étrangère est subordonnée à une condition : sa conformité à l'ordre public de fond et à l'ordre public procédural. Ainsi, un juge ouest-africain, saisi aux fins de délivrer l'equatatur, doit, au préalable, s'assurer que la décision étrangère a respecté l'ordre public ouest-africain. Dans cette perspective, il doit vérifier, d'abord, qu'une aucune règle de fond, c'est-à-dire les droits et libertés consacrés par la Cour de justice de la CEDEAO, n'a fait l'objet d'une quelconque violation. A titre d'exemple, il doit vérifier que la décision étrangère n'a pas été rendue en méconnaissance de l'exigence fondamentale des principes d'égalité et de non-discrimination. Ensuite, il doit impérativement s'assurer que l'ensemble des principes et des droits procéduraux consacrés par la Cour ont été scrupuleusement respectés. Autrement dit, la décision étrangère querellée a-t-elle été rendue dans des circonstances compatibles avec les garanties du procès équitable ? Dans cette veine, le juge de l'equatatur doit s'assurer que les droits de la défense ont été respectés, notamment le principe du contradictoire. Ce n'est qu'à l'issue de toutes ces vérifications que le juge ouest-africain pourra fonder sa décision : soit en accordant l'equatatur en cas de conformité de la décision étrangère à l'ordre public procédural et à l'ordre public de fond, soit en refusant l'equatatur s'il s'est avéré qu'il y a une incompatibilité manifeste entre la décision étrangère et l'ordre public étranger.

Reste dès lors à examiner les réceptions législatives des solutions dégagées par la Cour de justice de la CEDEAO.

¹²¹ S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, 2 éd. 2010, p. 227.

C - La prise en compte par les législateurs nationaux de la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO

50. La technique des obligations positives. Depuis l'arrêt Hadijatou Mani Koraou c. Niger, pèse en effet sur tous les Etats membres de la CEDEAO une véritable obligation positive, une « obligation de faire », une « prestation positive »¹²². La Cour de justice de la CEDEAO a, en effet, retenu la responsabilité du Niger en estimant que les autorités de ce pays n'avaient rien entrepris pour faire cesser l'état d'esclavage dans lequel était réduite la requérante. Emprunt explicite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, la technique des obligations positives¹²³ permet, en effet, à la Cour de justice de la CEDEAO d'engager la responsabilité d'un Etat dans le cas où il s'abstient d'agir et où il laisse se commettre des violations des droits qu'elle garantit, en particulier dans les rapports entre personnes privées. La consécration par la Cour de justice de la CEDEAO de la théorie des obligations positives emporte une conséquence : la Cour, suivant la belle formule du professeur Malinverni¹²⁴ employée à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, crée pour les législateurs nationaux l'obligation d'adopter des normes qui favorisent la pleine réalisation des droits qu'elle consacre. Dans cette perspective, des réformes devront être entreprises tant au plan des garanties substantielles (1) que procédurales (2). Les développements qui suivent ne visent, faute de compétence en droit public, que les seules disciplines du droit privé.

1 - La réforme des normes substantielles contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO

51. Mise en adéquation des normes substantielles avec la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO. Pour éviter les foudres de la Cour de justice de la CEDEAO, les Etats membres de la CEDEAO doivent impérativement modifier certaines normes substantielles incompatibles avec la jurisprudence de la Cour. Ainsi, dans le domaine du droit de la famille et des personnes, par exemple, il conviendrait de supprimer au fondement des principes d'égalité et de non-discrimination certaines inégalités : l'inégalité entre l'homme et la femme devant le mariage, l'inégalité dans le partage

¹²² F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.

¹²³ Sur la notion, v. C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014.

¹²⁴ G. MALINVERNI, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Helbing et Lichtenhahn, 1989, p. 559.

entre fille et garçon en matière successorale, l'inégalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel.

2 - La réforme des normes procédurales contraires à la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO

52. La matérialisation législative des principes procéduraux proclamés par la Cour de justice de la CEDEAO. La consécration par la Cour de justice de la CEDEAO du principe du double degré de juridiction en matière pénale et du droit au procès équitable doit se traduire sur le plan législatif par deux réformes majeures : d'une part, la possibilité de faire appel des décisions des Cours d'assises (a) ; d'autre part, l'introduction d'un pourvoi dans l'intérêt des droits de l'homme (b).

a - La possibilité de faire appel des décisions des Cours d'assises

53. Le droit d'appel. Dans certains pays ouest-africains, il n'est pas possible de faire appel des décisions des Cours d'assises. Ainsi, en République du Mali, les arrêts de condamnation rendus par la Cour d'assises peuvent faire seulement l'objet d'un pourvoi en cassation¹²⁵. En revanche, les jugements rendus en matière correctionnelle peuvent être attaqués par les parties par la voie de l'appel ou de l'opposition¹²⁶. Il s'en dégage nécessairement que des atteintes sérieuses sont ainsi portées à deux principes structurant le procès pénal : l'égalité des citoyens devant la justice pénale et le principe du double degré de juridiction en matière pénale.

L'égalité des citoyens devant la justice pénale, composante du principe général d'égalité, « impose, plus globalement, l'exclusion de toutes distinctions arbitraires dans l'élaboration et l'application des règles d'organisation judiciaire et de procédure »¹²⁷. Or, en traitant différemment le prévenu et l'accusé, le premier étant fondé à faire réexaminer son affaire par une Cour d'appel alors qu'une telle possibilité est totalement fermée au second, le législateur malien rompt le principe d'égalité entre les justiciables maliens devant la justice pénale. En sus de la rupture d'égalité entre les justiciables devant la justice pénale, l'impossibilité de faire appel des décisions de Cours d'assises méconnaît fondamentalement le principe du double degré de juridiction en matière pénale.

Mais on peut nous objecter que dans la mesure où un pourvoi en cassation peut être formé contre un arrêt de condamnation rendu par la Cour

¹²⁵ Art. 310 du Code de procédure pénale : « Après avoir prononcé larrêt, le Président de la Cour d'assises (...) avertira l'accusé de la faculté qui lui est accordée de se pourvoir en cassation et lui fait connaître les délais de ce pourvoi ».

¹²⁶ Art. 404 du Code de procédure pénale.

¹²⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2013, n° 259.

d'assises, le principe du double degré de juridiction en matière pénale se trouve *ipso facto* garanti. Cette thèse n'emporte pas notre conviction. En effet, l'ouverture d'un pourvoi en cassation contre les décisions des Cours d'assises ne satisfait point l'exigence fondamentale et conventionnelle du principe du double degré de juridiction en matière pénale. Car, le pourvoi en cassation se borne uniquement à un strict contrôle de l'application de la loi. Or, on peut affirmer, à la suite de F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, que le principe du « double degré de juridiction » paraît imposer que l'affaire puisse être réexamnée intégralement, dans tous ses aspects, de droit et de fait, par une juridiction « du second degré », comme l'est en France, la Cour d'appel »¹²⁸.

Dans cette perspective, le législateur malien, pour satisfaire l'exigence fondamentale du principe de double degré de juridiction en matière pénale, doit, à la suite des législateurs français¹²⁹, ivoiriens¹³⁰ et sénégalais¹³¹, ouvrir, *de lege ferenda*, la possibilité aux accusés de faire appel d'une décision de Cour d'assises. Cette même possibilité devrait être ouverte aux personnes poursuivies pour enrichissement illicite au Sénégal. Celles-ci ne peuvent actuellement faire appel ni des décisions de la commission d'instruction¹³² de la Cour de répression de l'enrichissement illicite, ni des arrêts de condamnation de la Cour¹³³. C'est pourquoi on peut lancer une invite au législateur sénégalais afin de rendre sa législation relative à la répression de l'enrichissement illicite compatible avec le principe fondamental du double degré de juridiction en matière pénale.

¹²⁸ *Ibid.*, n° 356.

¹²⁹ En France, depuis la loi E. Guigou du 4 mars 2002, les arrêts de condamnation rendus par les Cours d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'appel.

¹³⁰ L'article 380-1 de la loi n° 60-366 du 14 novembre 1960 portant Code de procédure pénale en République de Côte d'Ivoire dispose que : « Les arrêts de condamnation rendus par la Cour d'assises en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel (...) Cet appel est porté devant une autre Cour d'assises désignée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire (...) ».

¹³¹ Issu de la loi n° 2008-50 du 23 septembre 2008, l'article 367-1 du Code de procédure pénale du Sénégal dispose que « Les arrêts de condamnation rendus par la Cour d'assises peuvent faire l'objet d'appel. Cet appel est porté devant une autre Cour d'assises désignée par ordonnance du Premier Président de la Cour d'assises ».

¹³² Art. 13 de la loi n° 81-54 du 10 juillet 1981 créant une Cour de répression de l'enrichissement illicite : « Les décisions de la Commission d'instruction sont susceptibles d'aucun recours ».

¹³³ Art. 17 de la loi n° 81-54 du 10 juillet 1981 créant une Cour de répression de l'enrichissement illicite : « Les arrêts de la Cour sont susceptibles d'un pourvoi en cassation du condamné ou du ministère public, dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 60-17 du 03 septembre 1960 portant loi organique sur la Cour ».

b - L’instauration d’un « pourvoi dans l’intérêt des droits de l’homme »¹³⁴

54. Le réexamen d’une décision pénale consécutif au prononcé d’un arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO. On peut, à la lumière de l’affaire *Kpatcha Gnassingbé et co-accusés c. Togo*, se demander : s’il ne faut pas introduire dans les législations ouest-africaines un pourvoi dans l’intérêt des droits de l’homme. Avant de répondre à la question, il convient de s’imprégner une nouvelle fois de l’affaire *Kpatcha Gnassingbé et co-accusés c. Togo*. Les faits de l’affaire sont très connus. Pour mémoire, on rappellera que Kpatcha Gnassingbé a été arrêté le 12 avril 2009 pour avoir fomenté un coup d’Etat contre son demi-frère, le président Faure Gnassingbé. Deux ans plus tard, plus précisément le 15 septembre 2011, il a été condamné, après plus de deux semaines d’audience, à vingt ans de prison par la Cour suprême du Togo. C’est dans ces conditions que le requérant saisit la Cour de justice de la CEDEAO aux fins de constater la violation de multiples droits de la défense : droits à la visite, à la santé, à l’intégrité physique, à un procès équitable, d’être jugé dans un délai raisonnable.

Se fondant sur l’article 7 de la charte africaine des droits de l’homme et des peuples, la Cour de justice de la CEDEAO a conclu que le droit du requérant et de ses co-accusés au procès équitable a été violé en raison de l’utilisation au cours du procès des preuves obtenues sous les actes de torture. Par conséquent, elle a ordonné à l’Etat du Togo de payer aux requérants « en réparation des dommages respectifs subis et en dommages intérêts toutes causes confondues : la somme de vingt millions de FCFA à chacun des requérants victimes des actes de torture ». On en vient dès lors à se demander si, en réalité, la violation du droit au procès équitable au sens de l’article 7 de la charte africaine des droits de l’homme et des peuples ne devrait pas être une *restitutio in integrum*? Formulée autrement, la question est de savoir si la personne condamnée à l’issue d’une procédure jugée par la Cour de justice de la CEDEAO entachée de manquements aux exigences de l’article 7 de la charte ne devrait pas bénéficier d’un nouveau procès.

Une réponse affirmative paraît devoir prévaloir. On peut, en effet, affirmer, à la suite de la Cour européenne des droits de l’homme à propos de la violation de l’article 6 de la convention européenne des droits de l’homme, que « la seule mesure de nature à faire cesser la violation est le réexamen de l’affaire ou la réouverture d’une procédure judiciaire »¹³⁵. Comme l’écrit Romain Boffa, « la liberté ne se monnaye pas, elle se rend »¹³⁶. Dans cette

¹³⁴ Nous empruntons cette expression à MM. G. ROUJOU de BOUBEE et B. LAMY, « Le pourvoi dans l’intérêt des droits de l’homme », *Dalloz*, 2000, n° 10, p. V.

¹³⁵ CEDH, *Gençel c. Turquie*, 23 octobre 2003.

¹³⁶ Romain BOFFA, « La densification normative des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », in *La densification normative*, C. Thibierge et alii (dir.), 2014, p. 445 et s ; spéc., p. 451.

perspective, l'instauration d'une procédure de révision des décisions définitives déclarées contraires à l'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Cour de justice de la CEDEAO devient une nécessité absolue.

A cette fin, on pourrait s'inspirer du droit français, qui contient déjà en son sein un tel mécanisme. En effet, depuis la loi française du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes, un mécanisme de réexamen d'une décision pénale définitive, après un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation des dispositions de la convention européenne des droits de l'homme, existe « dès lors que, que par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction allouée sur le fondement de l'article 41 de la convention ne pourrait mettre un terme »¹³⁷. Ainsi, le réexamen a-t-il été admis pour les violations « commises lors de la procédure de cassation ; dans le fait de ne pas avoir eu le temps et les facilités nécessaires à la défense ; dans le but d'avoir un défenseur ; dans la violation de l'impartialité du juge ; par une insuffisante possibilité de contester les déclarations de la victime ; du fait de la fatigue inhérente à des débats d'assises anormalement longs qui ont compromis la défense ; par des difficultés excessives pour l'exercice d'un recours »¹³⁸.

55. Conclusion. En définitive, on peut affirmer que comme l'Europe, l'Afrique de l'Ouest a son propre ordre public. Celui-ci a été dégagé, arrêté après arrêt, par la Cour de justice de la CEDEAO. Son implantation¹³⁹, c'est-à-dire sa réalisation, dépend maintenant de plusieurs facteurs. D'abord, les Etats membres de la CEDEAO doivent accepter de se plier aux décisions de la Cour. Ensuite, et, surtout, la réalisation de l'ordre public ouest-africain

¹³⁷ V. Ch. PETTITI, « Le réexamen d'une décision pénale après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *Rev. trim. dr. h.*, 2001 ; E. DREYER, « A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg ? », *D.* 2008, p. 1705.

¹³⁸ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 2 éd. *Ellipses*, 2013, n° 703.

¹³⁹ Sur cette notion, v. J. PORTA, « Egalité, discrimination et égalité de traitement A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 356 et s. Pour l'auteur, « implémenter une norme désigne des opérations et des dispositions mis en place dans le système juridique, afin d'en préparer, faciliter la réalisation. L'implémentation renvoie aux dispositifs qui permettent ainsi de rapprocher le moment de l'énonciation de la norme de celui de ses applications. Il s'agit là d'une signification plus proche de l'usage courant de ce terme, initialement emprunté à la cybersécurité. La définition retenue par le *Petit Robert* donne ici une image significative : implémenter signifie alors installer un programme sur un ordinateur et viser les opérations et les dispositifs devant être mis en place pour que le programme soit, dans un environnement spécifique, apte à produire les effets en vue desquels il a été conçu ».

repose essentiellement sur les autorités juridictionnelles qui doivent désormais intégrer les solutions dégagées par la Cour dans leur raisonnement juridique. A cette fin, le rôle que joueront les plaideurs sera prépondérant. Car, le procès est, d'abord et avant tout, l'affaire des parties qui suggèrent un ou des raisonnements au juge. C'est pourquoi les plaideurs ouest-africains, à tout le moins les plus astucieux, doivent désormais placer leur requête sur le terrain du respect ou de la violation de l'ordre public ouest-africain. Et les juges seront obligés d'y répondre favorablement. Ainsi, l'ordre public ouest-africain s'édifiera, se consolidera, s'acclimatera, voire se construira, pour reprendre une expression de R. Boffa employée à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « peu à peu, à la manière d'un sillon qui s'épaissit »¹⁴⁰.

¹⁴⁰ R. BOFFA, « La densification normative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *art. préc.*, p. 453.

DROIT INTERNATIONAL AU MALI : LES JURIDICTIONS NATIONALES A L'EPREUVE D'UNE APPLICATION EFFECTIVE

**par Moussa Etienne Toure,
enseignant-vacataire à l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)/ chercheur au Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué (GERSDA)**

S'interroger sur le Mali à travers l'application du droit international revient à mettre en discussion l'effectivité réelle d'une telle discipline dans ce pays. En effet, après plus de cinquante ans d'indépendance¹, il est regrettable de constater que l'application du droit international à travers les conventions internationales, notamment celles relatives aux droits de l'homme et au droit de l'environnement, souffre de beaucoup de difficultés. En d'autres termes, le rôle du juge dans l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'homme et au droit de l'environnement pose un certain nombre de problèmes qui se résument essentiellement à un déficit d'information et de formation. Pour preuve : le Comité des droits de l'homme des Nations unies, lors de sa session de mars-avril 2003, après examen du 2^{ème} rapport périodique du Mali, a formulé les recommandations suivantes : « Le comité recommande au gouvernement du Mali : d'assurer la formation des magistrats, avocats et auxiliaires de justice, y compris ceux qui sont déjà en fonction, sur le contenu du Pacte et des autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le Mali²... ».

Aussi, la réunion des experts de l'Union africaine sur les questions de biotechnologie et de biosécurité, tenue à Adis Abeba en novembre 2007, n'a-t-elle pas mis en exergue l'insuffisance de juristes africains spécialistes du

¹ Le Mali a pris son indépendance le 22 septembre 1960.

² Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la Mali sont : le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) adopté en 1966, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté en 1966, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme (CEDEF) adoptée en 1979, la convention relative aux droits de l'enfant (CDE) adoptée en 1989, la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), la convention relative aux droits des personnes handicapées (2006), la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981).

droit de l'environnement. Dans ce contexte, la mise en œuvre effective nécessite l'action d'information des justiciables mais aussi la formation des magistrats chargés d'appliquer ces instruments juridiques.

Après avoir souligné que le droit international connaît un degré faible d'application au Mali du fait de la non application de la plupart des conventions internationales qu'il a signées, nous sommes en droit de se poser la question suivante : pourquoi un tel droit, dont l'importance n'échappe à personne, n'est-il pas suffisamment appliqué ?

En effet, pour une étude approfondie de notre problématique, on examinera, tour à tour, les données fondamentales sur les rapports entre le droit international et le droit interne (**I**), les difficultés d'application des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit de l'environnement au Mali (**II**). En analysant ces deux parties, nous mettrons l'accent sur des exemples concrets d'inapplication des conventions internationales au Mali.

I – Données fondamentales sur les rapports entre le droit international et le droit interne

On examinera tour à tour la problématique de la supériorité du droit international sur le droit interne, et la manière dont le droit international est introduit et appliqué au Mali.

A - Problématique de la supériorité du droit international sur le droit interne

Nous analyserons, dans un premier temps, la solution logique retenue par le droit international et, dans un deuxième temps, la solution logique retenue par le droit interne.

1 - La solution logique retenue par l'ordre juridique international

La solution prônée par le droit international est la suprématie des normes internationales sur les normes internes.

- Le droit international est supérieur au droit interne

Il est incontestable que le droit international est supérieur au droit interne. Nier cette supériorité serait nié son existence. L'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose à cet égard qu' « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Mais ce principe vaut pour l'ensemble du droit international (y compris les normes coutumières), qui l'emporte sur toutes les normes internes, quel que soit leur rang (constitutionnel, législatif, réglementaire ou judiciaire). Le préambule de la

charte des Nations unies évoque, à cet égard, « le respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ».

Cela ne veut cependant pas dire que les normes de droit interne qui seraient contraires au droit international peuvent être annulées par le juge ou l'arbitre international. Celui-ci se bornera à déclarer de telles normes inopposables à l'ordre juridique international. Il ne peut y aller autrement. En effet, si le juge international pouvait annuler ou même interpréter les normes nationales, il jouerait alors le rôle d'un juge « constitutionnel » auquel seraient subordonnées les Cours suprêmes nationales. Une telle solution supposerait une organisation mondiale fondée sur un système fédéral ou confédéral, ce qui ne correspond pas du tout au degré d'intégration de la société internationale. En pratique, il n'y aura pas concordance systématique entre la validité internationale et la validité interne des normes juridiques.

Il est toutefois clair que, si les Etats ne prennent pas dans leur ordre juridique national toutes les mesures nécessaires pour assurer l'application du droit international, ils s'exposent à une mise en cause de leur responsabilité internationale³. Il reste que si le droit international commande les deux extrémités de la chaîne puisque, d'une part, il impose sa suprématie et que, d'autre part, il en sanctionne le non-respect, il se garde bien de dicter aux Etats une règle commune touchant à ses modalités d'application dans l'ordre interne. S'il en avait été ainsi, ceci aurait d'ailleurs constitué une sérieuse limite à la souveraineté des Etats. Il appartiendra donc à ces derniers d'assurer concrètement, dans leur ordre juridique propre, la suprématie du droit international, et ce, selon les modalités de leur choix.

- Le dualisme et le monisme

Globalement, les Etats se rangent dans deux grandes catégories : le dualisme et le monisme. En effet, chaque Etat se doit de préciser dans sa Constitution le mécanisme permettant de définir les critères d'applicabilité des normes internationales, ce qui fait intervenir les deux systèmes juridiques différents⁴, mais visant le même but, qui est celui d'assurer aux normes internationales, une application effective.

Pour le dualisme (deux systèmes) : deux approches sont possibles. La première approche : lorsque l'applicabilité d'un traité signé et ratifié est subordonnée à son incorporation dans l'ordre juridique interne, l'édition des textes d'application, par voie réglementaire ou législative, devient le préalable nécessaire à l'applicabilité. En plus de cette technique d'incorporation, une autre technique peut être envisagée permettant au texte d'avoir un effet direct avec application immédiate. Il reste bien entendu que

³ Article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁴ A savoir le monisme et le dualisme.

le traité doit se suffire à lui-même et réunir les critères de clarté, de simplicité, de réciprocité et de non subordination à des textes d'application.

Pour le monisme (un seul système) : la ratification et la publication suffisent à rendre l'application automatique. Selon ce système consacré par la Constitution malienne dans son article 116, la publication couronne l'introduction de la norme internationale, et fait disparaître tout obstacle à son application. Au plan sous régional, régional et international, la tendance à la perception moniste, c'est à dire l'application automatique, est très sensible, s'agissant des instruments internationaux relatifs aux droits humains et au droit de l'environnement. Cette solution de suprématie des normes internationales, retenue par le droit international, n'est pas partagée par le droit interne.

2 - La solution logique retenue par le droit interne

Il ressort clairement de l'analyse qui va suivre que, contrairement à la logique retenue par le droit international, la Constitution est supérieure aux normes internationales.

- La suprématie de la Constitution sur la norme internationale

Le droit interne, à commencer par le droit constitutionnel, est très imprécis quant à l'autorité du droit international, que les Etats ne placent pas toujours au sommet de la hiérarchie des normes juridiques. Parfois, il n'en dit rien ; parfois, il n'y fait allusion que partiellement en ne traitant que du rôle et de la place des traités et en passant complètement sous silence les normes non écrites (coutumes et principes généraux de droit) ainsi que les actes unilatéraux des organisations internationales.

Ceci dit, la solution logique retenue par l'ordre juridique international (la suprématie du droit international sur le droit interne) est loin de coïncider nécessairement avec celles adoptées par les ordres juridiques nationaux. En pratique, toute une gamme de solutions sont envisageables : valeur infra-législative du droit international ? égale à la loi ? Supra-législative et infra-constitutionnelle ? Supra-constitutionnelle ? Ceci montre qu'il existe à l'évidence un hiatus entre l'ordre international et l'ordre interne. Dans l'ordre international, les traités sont supérieurs à la Constitution d'un Etat, laquelle n'est pas opposable à un autre Etat ; la Constitution est un simple fait qui n'est revêtu d'aucune autorité juridique particulière. Dans l'ordre interne, il en va, bien entendu, différemment puisque tout procède de la Constitution et que toutes les autorités de l'Etat tirent leur existence et leurs compétences de celle-ci ; dès lors, la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne est une réalité incontournable.

- Qu'en est-il de la Constitution malienne ?

En effet, le principe de la supériorité de la Constitution sur le traité, si on peut s'exprimer ainsi, est admis dans le droit positif malien⁵. Cette suprématie de la norme constitutionnelle trouve sa justification dans le fait que la Constitution est l'expression de la souveraineté nationale et, en tant que tel, un devoir de conformité s'impose alors à tout acte international intégrant l'ordonnancement juridique national.

La Constitution, expression de la souveraineté nationale

Le mot Constitution est formé à partir des éléments latins : *cum* qui signifie ensemble et *statuo* qui veut dire « fixer ». D'après son étymologie, ce mot signifie donc le fait d'établir ou de fixer ensemble. Cette définition intègre la notion de souveraineté nationale qui est l'expression ni d'un individu, ni même d'une partie du peuple, mais plutôt de l'ensemble de celui-ci. La Constitution malienne de 1992 en fait expressément mention à son article 26 lorsqu'il dispose : « La souveraineté nationale appartient au peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum. Aucune fraction du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. (...) ». La Constitution, telle que présentée, traduit la volonté du peuple dans son ensemble, laquelle (volonté) est placée au sommet de la hiérarchie des normes sur le plan interne.

La Constitution, expression du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le principe des droits des peuples à disposer d'eux-mêmes est parmi ceux appelés à dominer la formation des Etats occupant ainsi une place prépondérante. Il est conçu comme celui selon lequel chaque peuple dispose du choix libre et souverain de déterminer la forme de son régime ou son système politique. Ce principe est défini à l'article 1^{er} du pacte des droits civils et politiques (du 16 décembre 1966) : « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » Qualifié de principe self détermination, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes trouve son application dans des aspirations d'un peuple qui peuvent se faire jouir et produire des effets dont il faut tenir compte dans l'intérêt de la paix intérieure et extérieure des nations. Or, la Constitution traduit bien ces aspirations.

⁵ La Constitution malienne du 25 février 1992 se borne à dire à son article 116 que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie. Nous remarquons que cette disposition ne parle que des lois, elle passe complètement sous silence la Constitution.

De même, disposer de soi-même signifie être libre et responsable : liberté de choix du gouvernement qu'il désire et des lois qu'il doit respecter. C'est dans ce cadre que, tirant les conséquences de ce droit, le Conseil constitutionnel français a, dans sa décision du 19 mars 2004⁶, jugé que la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, exigeait une révision de la Constitution. Un projet de révision constitutionnelle a été délibéré au conseil des ministres du 3 janvier 2005 et déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Il donna finalement lieu à un scrutin référendaire⁷.

Ce principe est donc un droit contre les atteintes à la souveraineté et contre les abus de celle-ci. Par rapport à ce droit, le peuple est appelé à se prononcer sur l'adoption d'une Constitution et, éventuellement, même en cas de sa révision. Lorsque le projet de Constitution est en harmonie avec ses aspirations, il est adopté. En revanche, quand il ne reflète pas la volonté populaire, on n'est pas étonné de sa désapprobation. Les rédacteurs des Constitutions doivent être plus proches du citoyen qu'ils représentent et dont la norme constitutionnelle à rédiger ne serait que la transposition de son voeu ultime. Cette exigence est capitale si l'on veut que la loi constitutionnelle soit réellement l'expression de la volonté générale⁸.

Toutefois, il est, aussi, à noter que la réalité malienne, en matière d'adoption des Constitutions, présente une approche très mitigée si l'on s'en tient au principe développé ci-dessus. En effet, l'analphabétisme, le manque de véritable culture démocratique font que la population ignore sa place dans un système politique, notamment dans la mise en œuvre du principe de la souveraineté. Du nombre des projets de lois constitutionnelles pour lesquelles l'opinion publique malienne a été mise en consultation par référendum, on constate que ces actes constitutionnels ont été votés sans pour autant que la population ait vraiment pris connaissance de leur contenu. On vote « à la mode » même ce qu'on ne connaît pas, au point d'approuver ce qui est contraire à sa propre volonté. Dans des circonstances pareilles, le peuple ne peut réellement s'approprier d'une Constitution qu'il a votée.

Cet état des faits tend à remettre en cause la légitimité d'une Constitution qui se veut être l'expression des droits des peuples à disposer d'eux-mêmes. Au demeurant, en dépit de ce formalisme constitutionnel, l'expression du

⁶ La décision n° 2004-505 DC-19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁷ Le référendum français sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe eut lieu le 29 mai 2005. A la question « Approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ? », le « non » recueille 54,68 % des suffrages exprimés. Le résultat négatif du référendum, joint à celui des Pays-Bas trois jours plus tard, a scellé le sort du traité. Il s'agissait du troisième référendum sur un traité européen, après ceux de 1972 et 1992, mais il fut le premier à être rejeté.

⁸ Article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

suffrage universel prime sur toutes les considérations qui sont mises en jeu. La Constitution ainsi votée devient la loi fondamentale de l'Etat car elle est l'émanation de tout un peuple. Elle se place, à ce titre, au sommet des normes sur le plan interne et international.

La supériorité de la volonté du peuple

Conformément à l'article 26 de la Constitution malienne du 25 février 1992, la Constitution est l'expression la plus authentique de la souveraineté nationale. Cette qualité, qui lui est reconnue, s'explique d'abord par sa genèse (issue d'un référendum) et ensuite par son contenu (elle établit un ensemble de règles de base qui fait l'objet d'un large consensus dans le temps). La légitimité de la Constitution réside dans la volonté nationale exprimée dans le cadre du suffrage universel. Cette volonté, autrement appelée souveraineté, traduit l'identité du corps politique duquel émane la capacité à édicter les normes juridiques opposables à tous. Elle est conçue comme un pouvoir absolu, suprême et sans concurrent. Et c'est cette absence de concurrence qui rend légitime l'influence des normes constitutionnelles sur les dispositions des traités.

Le souverain (le peuple) est l'entité qui détient la réalité de la puissance de l'Etat. C'est d'ailleurs par le biais de la hiérarchie des normes⁹ qu'il détermine plus ou moins directement le contenu de toutes les normes juridiques de l'ordre interne. La Constitution permet, en effet, de déterminer le contenu des normes de niveau inférieur. L'article 26 de la Constitution malienne désigne le titulaire de la souveraineté, organise son exercice et implique son caractère inaliénable : « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce au moyen du suffrage universel par ses représentants élus ou par voie de référendum. L'exercice de la souveraineté ne peut être l'œuvre ni d'un individu, ni d'une fraction du peuple. » L'inaliénabilité de la souveraineté nationale suppose le fait que cette souveraineté appartient au peuple, interdit à ses représentants de l'aliéner, notamment en la transférant à des autorités étrangères ou à des organisations internationales.

La place au sommet de la hiérarchie des normes résulte du fait que la Constitution est créée par un pouvoir constituant original (le peuple). C'est un acte imposé par le pouvoir constituant à tous les organes de l'Etat et à la société. Elle relève donc de la logique *verticale* du pouvoir au même titre que les lois et les règlements. Cette logique s'oppose à celle horizontale des contrats et des traités (qui sont la forme des contrats particuliers entre personnes morales de droit international) qui mettent les cocontractants en

⁹ Selon KELSEN, c'est la Constitution qui fonde la validité de l'ensemble de l'ordre juridique et lui confère son unité. Cf H. KELSEN, *Théorie générale du droit de l'Etat*, Bruylants 1997 (réédition).

positions juridiquement égales et doivent consentir aux droits et obligations résultant des actes qu'ils signent.

B - L'application du droit international dans le droit interne malien

Sur ce point, la Constitution malienne du 25 février 1992 répartit les compétences internes et donne quelques indications de procédure (titre XIV de la Constitution malienne)¹⁰. Les prescriptions relatives à l'application comportent quelques orientations de fonds, mais laissent ouvert le problème des autorités chargées de les respecter et de les faire respecter.

I - Les orientations de fonds

Elles figurent pour l'essentiel dans le préambule et dans l'article 116 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

- Le préambule et l'article 116¹¹

Il faut se référer au préambule de la Constitution du 25 février 1992. Aux termes de son al. 6, « Le peuple souverain du Mali, fort de ses traditions de lutte héroïque, engagé à rester fidèle aux idéaux des victimes de la répression et des martyrs tombés sur le champ d'honneur pour l'avènement d'un Etat de droit et de démocratie pluraliste, souscrit à la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 ». Cette formule vise, selon toute vraisemblance, les conventions multilatérales sur le droit de l'homme, sans clairement imposer une modalité d'application ni déterminer sa place par rapport à la hiérarchie des normes internes. S'agit-il d'une simple déclaration d'intention, d'une réception implicite de l'ensemble des conventions sur le droit de l'homme, de la reconnaissance de sa supériorité sur le droit interne ? L'al. 7, quant à lui, «... réaffirme son attachement à la réalisation de l'unité africaine, à la promotion de la paix, de la coopération régionale et internationale, au règlement pacifique des différends entre Etats dans le respect de la justice, de l'égalité, de la liberté et de la souveraineté des peuples ». Cette formule générale vise l'organisation internationale, permettant notamment de donner efficacité aux restrictions que comportent la charte africaine et celle des Nations unies. Elle comprend, toutefois, deux termes problématiques à des titres divers. Il s'agit de la justice et de la souveraineté des peuples, qui doivent ici être entendues dans leur sens international, mais dont on connaît la complexité, voire l'obscurité.

¹⁰ Partie de la Constitution malienne du 25 février 1992 intitulée « Des traités et accords internationaux ».

¹¹ De la Constitution malienne du 25 février 1992.

Quant à l'article 116, cette disposition très riche concerne les conditions d'application des traités. Ainsi, une claire option moniste paraît a priori résulter du texte de cette disposition de la Constitution malienne, lequel déclare que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie »¹². Si l'option malienne pour le monisme apparaît clairement dans l'article 116 de la Constitution, force serait de reconnaître que sa mise en œuvre sur le plan pratique n'est pas toujours sans difficultés.

Ces considérations pourraient susciter des questions telles celles ayant trait à l'applicabilité d'un traité international contraire à la Constitution, en ce sens que si la norme internationale a une autorité supérieure à la loi, elle doit nécessairement être conforme à la Constitution ; ou à l'attitude du juge face à une telle situation.

Ces difficultés sont généralement et de façon satisfaisante, réglées par l'harmonisation, technique consistant à traduire dans la législation nationale, les traités afin d'amener les juges à se familiariser avec les textes et de mieux les comprendre. Ce qui rapproche du dualisme. L'exécution des traités, quand on se réfère à la Constitution malienne du 25 février 1992, engendre l'intervention d'un certain nombre d'autorités.

- Les autorités chargées de leur exécution

La Constitution est assez équivoque sur ce point, ce qui explique en partie les hésitations de la pratique. Plusieurs autorités sont en effet impliquées : le chef de l'Etat, le Parlement, les juridictions et spécialement la Cour constitutionnelle.

Le président de la République

Il doit être mentionné en premier lieu, dans la mesure où l'article 29¹³ définit sa mission générale en ces termes : « Le président de la République est le chef de l'Etat. Il est le gardien de la Constitution. Il incarne l'unité nationale. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des traités et accords internationaux. Il veille au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et assure la continuité de l'Etat ». Au surplus, l'article 50 de la Constitution malienne du 25 février 1992 permet au chef de l'Etat d'exercer les pouvoirs exceptionnels : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation,

¹² Cette formulation perpétue en la simplifiant la tradition moniste qui avait été inaugurée, bien avant l'indépendance de la plupart des pays africains dont le Mali, par les articles 26 et 28 de la Constitution française du 27 octobre 1946. Ce préambule a d'ailleurs été reconduit par celui de la Constitution de 1958, dont on sait qu'il y renvoie.

¹³ Constitution malienne du 25 février 1992.

l'intégrité du territoire national, l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le président de la République prend les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances, après consultation du premier ministre, des présidents de l'Assemblée nationale et du Haut conseil des collectivités ainsi que de la Cour constitutionnelle. // Il en informe la nation par un message. // L'application de ces pouvoirs exceptionnels par le président de la République ne doit en aucun cas compromettre la souveraineté nationale ni l'intégrité territoriale. // Les pouvoirs exceptionnels doivent viser à assurer la continuité de l'Etat et le rétablissement dans les brefs délais du fonctionnement régulier des institutions conformément à la Constitution ».

Cette compétence présidentielle affirmée ne fait pas obstacle, en temps ordinaire, à l'exercice du pouvoir réglementaire du premier ministre qui a une portée générale.

Le Parlement

Il est appelé à intervenir non seulement pour autoriser, dans les cas prévus, la ratification ou l'approbation des traités ou accords, mais encore pour assurer leur exécution dans toute la mesure de ses compétences. Pour être plus explicite, il convient de citer l'intégralité de la disposition¹⁴ : « Le président de la République, sur proposition du gouvernement, pendant la durée des sessions ou sur proposition de l'Assemblée nationale, après avis de la Cour constitutionnelle publié au *Journal officiel*, peut soumettre au référendum toute question d'intérêt national, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord d'union ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le président de la République le promulgue dans les délais prévus à l'article 40 ». En particulier, l'article 116 devrait le conduire à écarter le vote de lois contraires à des traités en vigueur, de donner effet à leur supériorité.

Si le conflit est soulevé devant lui, il devrait le prévenir par le mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité, ce qui s'est parfois produit. Il s'agit d'une interprétation minimale de l'article 116, comme injonction donnée au législateur.

- Les juridictions

L'article 81 al. 2 de la Constitution dispose que « le pouvoir judiciaire est gardien des libertés définies par la présente Constitution ». L'alinéa 3 du

¹⁴ De l'article 41 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

même article dispose que le pouvoir judiciaire « veille au respect des droits et libertés définis par la présente Constitution ». Le juge administratif est fondé à s'appuyer sur toute convention ratifiée par le Mali pour annuler les actes pris par l'administration en violation des droits et libertés proclamés par ladite convention. Aussi, la violation de la convention peut être directement invoquée devant le juge administratif comme la violation de la loi.

Le juge judiciaire est apte à censurer toute violation du principe d'égalité entre homme et femme, notamment dans le domaine des droits civils. De façon précise, l'ordre juridique malien est partagé entre des lois qui sont contraires aux conventions internationales régulièrement ratifiées. Le juge judiciaire est alors compétent pour écarter la loi nationale qui contredit la convention internationale puisque celle-ci a une valeur supérieure. Dès lors que le juge judiciaire est fondé à recevoir l'application d'une convention internationale d'effet direct, il est fondé du coup à écarter une loi nationale ou une coutume qui la contredit.

La question n'est pas simple au regard du nouveau Code des personnes et de la famille qui fait à la femme un statut inégal notamment en matière de droits des successions¹⁵. Faut-il préférer le protocole de Maputo au Code des personnes et de la famille ? A l'évidence le droit international des droits humains est en avance sur le droit national et sur l'état réel des populations. Une application directe du droit conventionnel ne sera pas sans problème, même si l'on admet que le juge judiciaire est fondé à relever d'office les moyens de violation des droits. Que décider ?

Le juge constitutionnel est aussi compétent à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois pour relever les insuffisances ou contrariétés qui pourraient exister dans la loi par rapport aux conventions ratifiées¹⁶. Après avoir passé au peigne fin les données fondamentales sur les rapports entre le droit international et le droit interne et la manière dont les normes internationales sont introduites et appliquées au Mali, nous analyserons la problématique de l'effectivité de l'application des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit de l'environnement.

II – La problématique de l'effectivité des textes internationaux

L'application des conventions internationales au Mali engendre des difficultés. En d'autres termes, le rôle du juge dans l'application des traités relatifs aux textes, ci-dessus cités, pose un certain nombre de problèmes qui

¹⁵ Communication de Me Amidou Diabaté, ancien ministre malien de la Justice, au séminaire sur l'application par le juge malien des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, mars 2015.

¹⁶ *Idem*.

se résument essentiellement à un déficit d'information et de formation¹⁷. Dans ce contexte, la mise en œuvre effective nécessite l'action d'information des justiciables mais aussi la formation des magistrats chargés d'appliquer ces instruments juridiques.

A - Les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme

Le Mali a ratifié la quasi-totalité des conventions internationales¹⁸. Il a adhéré presque à toutes les conventions internationales relatives aux libertés et droits fondamentaux qui s'attachent à la personne humaine.

I - Les difficultés d'application

Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme sont soumises aux critères qui prévalent en matière d'application des traités internationaux. Il est aujourd'hui admis en droit des traités que pour être invoquée devant le juge national et appliquée par lui, une convention doit être d'applicabilité directe ou être « self executing ». Cette notion recouvre trois exigences : la convention internationale doit contenir des dispositions suffisamment précises ; elle ne doit pas être subordonnée dans son application à l'édition de décisions complémentaires émanant de l'autorité nationale ou même d'organisations internationales ; la convention doit conférer directement des droits et obligations aux particuliers et non seulement lier les gouvernements signataires.

A ces critères de l'applicabilité directe, s'ajoute celui de la réciprocité. En effet, l'article 116 de la Constitution retient la réciprocité comme

¹⁷ Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, lors de sa session de mars-avril 2003, après examen du 2^{ème} rapport périodique du Mali, a formulé les recommandations suivantes (cf. ci-dessous) : « Le comité recommande au gouvernement du Mali : d'assurer la formation des magistrats, avocats et auxiliaires de justice, y compris ceux qui sont déjà en fonctions, sur le contenu du Pacte et des autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le Mal, de fournir de plus amples informations sur les recours effectifs mis à la disposition des particuliers en cas de violations des droits énoncés dans le pacte, de même que des exemples de cas dans lesquels des cours ou tribunaux ont invoqué le contenu du Pacte ; de prendre les mesures appropriées pour permettre à la commission nationale consultative des droits de l'homme de fonctionner... de compléter sa législation concernant la prolongation de la garde à vue et l'examen de la légalité de la détention; de fournir des informations sur les droits des personnes gardées à vue, les mesures adoptées pour faire respecter ces droits en pratique et les méthodes de supervision des conditions de détention en garde à vue... » Donc, il est incontestable, qu'il reste beaucoup à faire dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

¹⁸ A l'heure actuelle, le Mali a ratifié une quarantaine de conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme dont celle visant à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (adhésion du Mali- du 2/2/1973) ; celle des Nations unies sur les traitements cruels, inhumains et dégradants-(décret n° 45-370/P-RM du 25/10/1995) ainsi que la convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (adhésion du Mali :décret n° 95-370/P-RM du 16/10/95).

condition d'application de la norme internationale. L'introduction effective de cette condition revient à faire application en droit international de *l'exceptio non adimpleti contractus*. Toute la question est alors celle de savoir comment le juge va s'assurer de l'application du traité par l'autre ou les autres parties. Le juge judiciaire français avait coutume d'interroger le ministre des Affaires étrangères. Le juge administratif français observe beaucoup de réserve et, au surplus, exclut l'invocation d'office par le juge.

Il faut dire à titre comparatif que la tendance de la jurisprudence française est de ne pas faire état de cette condition. Le juge administratif français, dont la jurisprudence a fait évoluer notablement la question de la réception des conventions internationales en droit interne, vient dans un arrêt d'Assemblée de fixer avec précision la notion d' « effet direct des conventions internationales »¹⁹. Les critères de l'applicabilité directe des conventions sont ainsi fixés : d'abord que la convention invoquée n'ait pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats ; ensuite qu'elle ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers.

Une fois garantie l'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, se pose la question de l'invocation d'office desdites conventions par le juge judiciaire. C'est à ce niveau qu'il faut mettre l'accent sur la méconnaissance chronique des normes internationales des droits de l'homme non seulement par les praticiens²⁰ du droit mais aussi par

¹⁹ En effet dans l'arrêt du 11 août 2012, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par logement (FAPIL), n° 322326, *Lebon* ; AJDA.2012-735. *Ibid.* 936 ; *ibid.* 725 ; tribune Y. , chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, le Conseil d'Etat relève : « considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent être utilement invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intervention exprimée des parties et à l'économie générales du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir des relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujet de l'obligation qu'elle définit ».

²⁰ « A l'époque où nous vivons « l'ingénuité judiciaire » est presque impardonnable. Elaborer aujourd'hui des Constitutions écrites et des textes de lois sans se pénétrer des instruments internationaux pertinents équivaut à embarquer pour un long voyage en mer sans s'équiper d'instruments de navigation modernes. Après tout, notre vie quotidienne est plus souvent affectée que le croyons ou veuillons l'admettre par l'incapacité de nos Parlements à jouer leur rôle de navigateur. Il en résulte que partout dans le monde, les juges sont placés sous les feux de

les justiciables et leurs conseils. En d'autres termes, les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme sont peu ou pas appliqués par les juges même lorsqu'ils sont invoqués par les parties ou leurs conseils. Ainsi, on se rappelle des recommandations formulées par le comité des droits de l'homme des Nations unies, après examen du 2^{ème} rapport périodique du Mali, lors de sa session de mars-avril 2003²¹.

Outre cette méconnaissance ou ce manque de formation des acteurs de la justice, la faible intervention de la justice pourrait s'expliquer par d'autres facteurs, dont entre autres : les difficultés de la mise en œuvre du monisme consacré par notre Constitution dans son article 116 ; l'absence de stratégie d'harmonisation des instruments internationaux en vue de leur appropriation par les juges ; les pesanteurs socioculturelles qui constituent des menaces réelles à l'indépendance des juges ; enfin la frilosité des juges qui préfèrent plutôt se prononcer sur des situations claires que sur l'application des normes internationales aux contours parfois dubitatifs. Cette situation est perceptible à travers des cas de confusion d'application par le juge.

2 - Les cas de confusion d'application par le juge

A cet égard, la lecture de certaines décisions prouve que la notion de normes, de conventions internationales, n'est pas maîtrisée et à travers les motivations des décisions, que les juges maliens ont peine à se familiariser avec le droit international tant en doctrine internationale qu'en jurisprudence. Et l'évocation du traité de Vienne du 18 avril 1961 appliqué par le jugement n° 23 du 10 janvier 2005 du Tribunal du travail de Bamako, est très significative, car en principe, ce traité ne crée les obligations qu'entre Etats, les immunités y comprises ne peuvent concerner les actes posés par les institutions internationales dans le cadre d'un contrat de travail²². Par exemple, en l'espèce, dans le jugement sus référencé, les travailleurs ont été recrutés sous l'empire du Code du travail national et les travailleurs licenciés ont saisi les juridictions sur la base de ce Code du travail, mais ont été privés de leur action au motif d'une convention internationale qui prévoit l'immunité juridictionnelle pour les organisations internationales comme l'UNICEF qui ne les concerne pas et qui ne concerne pas leur contrat de

l'actualité, condamnés à supputer l'intention du législateur ou ce qu'il aurait dit s'il en avait eu temps » : Falis NARIMAN, « Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes, *Revue de la commission internationale des juristes*, édition spéciale, Bangalore, octobre 1995-décembre 1995, n° 55, p. 159.

²¹ Le comité des droits de l'homme des Nations unies, lors de sa session de mars-avril 2003, après examen du 2^{ème} rapport périodique du Mali, a formulé plusieurs recommandations. Donc, il est incontestable, qu'il reste beaucoup à faire dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

²² Mamadou Bakaye DEMBELE, *le procès équitable au Mali*, thèse de doctorat, 2013.

travail²³. En principe, ces travailleurs n'ayant aucune qualité pour recourir à la Cour internationale de justice, se trouvent privés de leur droit à une justice. Cette décision regrettable est l'illustration plus que symbolique d'une méconnaissance de la théorie du droit international conventionnel. Cette lacune se manifeste depuis au niveau de notre université où rares sont les professeurs qui sont sûrement spécialisés en la matière, ce qui, par ricochet, s'explique par la tendance croissante des étudiants à se désintéresser d'avantage de cette discipline²⁴.

Les difficultés d'application ne sont pas propres uniquement aux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, elles concernent également ceux relatifs au droit de l'environnement.

B - Les textes internationaux relatifs au droit de l'environnement

L'application de ces textes internationaux sur l'environnement au Mali ne passe pas sans difficultés. Ces difficultés sont d'ordre normatif et institutionnel. Pour ce qui nous concerne, nous mettrons d'abord l'accent sur les difficultés d'application desdits textes par le juge avant de parler de la méconnaissance de ces mêmes textes par les populations.

1 - Les difficultés d'application par le juge

Pour mieux apprécier ces difficultés, il convient d'abord de faire un aperçu général sur le contentieux de la protection de l'environnement, pour ensuite mettre l'accent sur les insuffisances du juge malien²⁵ à appliquer les textes internationaux sur l'environnement. Le juge civil est compétent pour faire droit à une demande de réparation des dommages écologiques. Toute association ou citoyen, représenté ou non par un avocat, peut saisir le juge civil pour obtenir réparation d'un dommage. Trois principaux fondements juridiques permettent d'entreprendre une action en responsabilité devant les juridictions civiles en matière d'environnement. Le pollueur sera considéré responsable s'il commet une faute, la pollution pouvant tenir à la violation d'une réglementation ou au comportement négligent ou imprudent du pollueur. Il s'agit là du fondement le plus courant de la réparation en matière civile. Le pollueur est également responsable, même sans faute, du fait des choses qu'il a sous sa garde. Ainsi, un fabricant de produits chimiques est

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ Dès lors, les lacunes ne tardent pas à se manifester dans l'application des textes, car malgré leurs diplômes (licence ou maîtrise en sciences juridiques, doctorat d'Etat en droit, etc.), ils n'ont pas une qualification en matière du droit de l'environnement leur permettant d'interpréter les dispositions spéciales des conventions internationales sur l'environnement.

responsable des dommages provoqués par les gaz qui se dégagent de ses ateliers²⁶.

Le juge pénal est compétent pour punir l'auteur d'une infraction environnementale. L'auteur de l'atteinte à l'environnement pourra être condamné par le juge pénal, à condition qu'il ait eu un comportement prohibé par la loi, qu'il ait commis une infraction²⁷. Les associations de protection de l'environnement interviennent le plus souvent en premier lieu pour faire constater l'infraction. Elles peuvent se constituer partie civile devant le juge pénal afin d'obtenir réparation du préjudice subi. Elles pourront en particulier demander la remise en état si celle-ci est possible. L'auteur de l'infraction sera poursuivi par le procureur de la république devant le tribunal, en fonction de la qualification. Les sanctions encourues sont diverses. Pour les personnes privées, il pourra s'agir d'une peine principale (prison, une amende) ou d'une peine complémentaire (travaux d'intérêt public). Pour les personnes morales, il pourra s'agir d'une amende, d'une fermeture temporaire ou définitive de l'établissement²⁸.

Le juge administratif veille à une réelle protection de l'environnement. Son rôle est d'assurer la tranquillité, l'hygiène et la salubrité publiques. Deux recours sont possibles : un recours pour excès de pouvoir ou un recours en plein contentieux (réparation- indemnité)²⁹. Il s'agit de saisir le juge pour faire annuler une décision illégale de l'administration. La décision attaquée peut être expresse ou implicite (née du silence de l'administration). Ce type de recours est fréquent dans le domaine de la protection de l'environnement : exemple d'un recours en annulation d'un permis de construire³⁰.

Dans certains cas, peut être exercé un recours de plein contentieux : en matière d'installations d'ouvrages de travaux d'aménagement concernant le domaine de l'Eau. Ce recours de plein contentieux est utilisé également pour engager la responsabilité de l'administration et obtenir réparation du préjudice subi. Le juge est saisi pour annuler une décision de l'administration, mais il dispose également de pouvoirs supplémentaires puisqu'il peut se substituer à l'administration pour ordonner des mesures (renforcement des prescriptions préfectorales par exemple) et attribuer des indemnités de réparation³¹.

Les procédures devant le tribunal administratif sont nécessaires même si elles sont le plus souvent assez longues surtout en matière de protection du domaine public. Demander l'annulation d'une décision administrative permet

²⁶ Madasalia MAIGA, communication à la rentrée judiciaire du Mali, 2014-2015, pp. 18-19.

²⁷ *Ibid.* p. 20.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibid.* p. 23.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibid.*, p. 24.

d'agir en prévention avant que le dommage ne se réalise. Lorsqu'un projet menace immédiatement l'environnement, il est utile d'introduire un recours en sursis à exécution devant la juridiction administrative. Cette procédure d'urgence permet de suspendre l'exécution de la décision administrative et d'éviter l'éventuelle réalisation d'un dommage écologique avant le jugement au fond. Exemple : le juge peut suspendre les travaux de construction d'une autoroute.

Rarement saisis de questions d'environnement, les tribunaux n'ont pas souvent l'occasion de statuer sur celles-ci. Pourtant, ce ne sont pas les atteintes à l'environnement qui manquent. Même si les juges sont saisis des problèmes environnementaux, ils méconnaissent, malheureusement, les textes internationaux. Cette méconnaissance par le juge malien se justifie par le fait que le droit de l'environnement n'est pas incorporé dans le cursus des magistrats. La crise au Nord du Mali a révélé une illustration parfaite de cette méconnaissance des textes internationaux par les praticiens du droit parmi lesquels figurent, au premier rang, le juge.

En 2012, des combattants islamistes liés à Al Qaïda avaient pris le contrôle d'une partie du nord-est du pays dont la ville de Tombouctou. Ils avaient démolie seize lieux saints dont la construction avait commencé au XIII^e siècle³². Ils avaient volé ou brûlé environ quatre mille manuscrits. Pour les islamistes, les mausolées, qui rendent hommage aux saints et aux marabouts sont considérés comme de l'idolâtrie. Pour la population de Tombouctou, surnommée la « ville aux 333 saints », la destruction de ces mausolées et manuscrits constituait un assaut contre l'histoire et la culture malienne.

L'infraction de crime de guerre et, par ricochet, d'atteinte à l'environnement est suffisamment caractérisée dans ces situations pour que soit justifiée l'ouverture d'une enquête, prévue en pareil cas par le statut de Rome. La décision d'ouvrir une enquête, qui formalise la saisine de la CPI, peut être prise sur renvoi par un État membre, à l'initiative du procureur, ou sur renvoi par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies³³. En dépit des attaques intentionnelles visant à la destruction de son patrimoine, ni les autorités malientes, ni les juristes

³² La directrice générale de l'UNESCO, Irina Bokova a précisé, lors d'une visite à Tombouctou au mois de juillet 2015, que détruire un patrimoine culturel est considéré comme un crime de guerre.

³³ Le chapitre VII de la charte des Nations unies crée le cadre dans lequel le Conseil de sécurité peut prendre des mesures coercitives. Il permet au Conseil de constater « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression » et de faire des recommandations ou de recourir à des mesures militaires ou non militaires « pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationale ».

(avocats, juges,...) n'ont manifesté leur intention d'ouvrir une enquête interne, et encore moins de saisir le procureur de la CPI.

Il a fallu attendre trois ans pour que l'UNESCO saisisse la Cour pénale internationale contre les islamistes³⁴. Deux mois après cette saisine, soit le 25 septembre 2015, le chef d'un groupe islamiste touareg, Ahmed al Mahdi al Faqi, dit Abou Tourab, a été déféré à la Cour pénale internationale (CPI) de La Haye pour les destructions du patrimoine culturel dans la ville malienne de Tombouctou en 2012³⁵. Cette ignorance des acteurs de la justice malienne contribue à aggraver les difficultés liées à l'application des instruments nationaux et internationaux en la matière. Il faut ajouter à cela, la méconnaissance des textes internationaux par les populations.

2 - *La méconnaissance des textes internationaux par les populations*

La méconnaissance de la législation internationale en matière de la protection de l'environnement se traduit, entre autres facteurs, 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 font rarement l'objet de transcription dans les langues locales, d'où les difficultés que la population rencontre dans leur appropriation.

Le manque de culture de la recherche de l'information, surtout lorsque celle-ci ne s'inscrit pas dans le cadre de sa formation académique, le semi-analphabétisme de la population, son manque de curiosité sur des aspects nouveaux aussi sensibles comme l'environnement, la considération exagérée pour la rumeur comme source d'information, sont autant de handicaps pour la connaissance par les citoyens maliens de la législation environnementale. On peut ajouter à cela que les quelques séminaires qui ont déjà eu lieu sont le cadre réservé aux intellectuels, surtout spécialistes d'un aspect donné de l'environnement. Quant aux profanes, ils ignorent tout de la question et se laissent manipuler par des duperies de folles rumeurs. L'un des canaux d'information en vue de saisir l'attention du public serait les masses médias.

Cependant, il n'existe pas, à ce jour, une activité médiatique quotidienne développée au sujet de l'environnement. Seul le ministère de l'Environnement et de l'Assainissement à travers l'AEDD publie, trimestriellement, un magazine intitulé *Notre Environnement*³⁶ ». La faiblesse de la sensibilisation prive, ainsi, le citoyen malien de la connaissance des

³⁴ La directrice générale de l'UNESCO, Irina Bokova a donné cette information le 18 juillet 2015 lors d'une visite dans le nord du Mali pour voir quelques monuments reconstruits.

³⁵ C'est la première fois que la CPI est amenée à juger un responsable de la destruction de l'héritage culturel d'un pays.

³⁶ A la date du mois de juillet 2015 on dénombrait 34 publications.

principes qui régissent l'environnement dans lequel il vit et, par voie de conséquence, le prive de toute culture environnementale. Il ne sait et ne peut jouer son rôle d'acteur social en matière de protection de l'environnement. En cas de dommage subi en raison d'une pollution ou d'une nuisance quelconque, il est sous informé ou ne sait pas du tout la procédure à engager.

Un autre facteur, beaucoup répandu au Mali, qui entrave l'application des textes, est l'utilisation abusive de *la transaction*³⁷. Il est d'abord reproché à la procédure transactionnelle de favoriser la corruption, en lui offrant un terrain propice. En effet, la transaction met face à face des agents de l'administration et des contrevenants qui transigent sur des sommes d'argent en l'absence d'institutions de contrôle. La seule traçabilité de l'opération est assurée par un procès-verbal de transaction, rédigé par l'administration et signé par le délinquant qui, souvent, ne sait ni lire ni écrire. Certaines transactions ne font même pas l'objet d'un procès-verbal, car effectuées directement sur le terrain entre le délinquant et l'agent qui a découvert et constaté l'infraction, en l'absence de toute intervention du supérieur hiérarchique de ce dernier, pourtant requise dans la procédure transactionnelle.

La transaction favorise ensuite la récidive. En effet, elle permet aux délinquants de payer une somme d'argent pour échapper aux peines privatives de liberté, pourtant prévues par les textes juridiques visant la protection de l'environnement. On a ici l'impression que la procédure transactionnelle, tout comme le principe pollueur-payeur, encourage le délinquant à payer pour continuer à violer la règle de droit, tant qu'il en a les moyens, et surtout lorsqu'il constate que, entre ce qu'il paye et ce qu'il gagne en commettant l'infraction, il réalise un bénéfice³⁸.

Ces reproches formulés contre la transaction sont partagés par l'ancien ministre malien de la Justice, *Mohamed Aly Bathily*, qui a l'habitude de dire que la transaction, en plus d'empêcher le développement de l'action publique, exclut le juge³⁹.

³⁷La transaction peut se définir comme étant le règlement à l'amiable par lequel l'administration de l'environnement propose aux auteurs d'infractions, l'abandon des poursuites pénales en contre partie de l'aveu de commission de l'infraction et du paiement par le délinquant d'une somme d'argent.

³⁸ Article de Yacouba Savadogo, intitulé « *Les délits environnementaux et le développement durable en Afrique: de la transaction au règlement judiciaire* », Revue Africaine de Droit de l'Environnement, N° 00-2013, P. 70.

³⁹ Discours lors de l'ouverture des travaux de l'atelier de renforcement des capacités des juges en matière de procédures environnementales, les 16-17 janvier 2014.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

- BOISSON DE CHAZOURNE Laurence, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *RGDIP* T. 99/1995, p. 37-76.
- COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, Montchrestien, 1995, 799 p.
- DINH Quoc Nguyen, *Droit international public*, L.G.D.J, 1994, 1317 p.
- DIOP Omar El Hadji, *La justice constitutionnelle au Sénégal : Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, 333 p.
- DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, 1998, 684 p.
- DUTHEILLET de LAMOTHE (O.), « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité», Dalloz, 2007.
- FAVOREU (L.) *et alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édit., 2008.
- PERRIN DE BRICHAMBAUT Marc, Jean-François DOBELLE, Marie-Reine d'HAUSSY, *Leçons de droit international public*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2002, p. 523.
- MARTIN Marie-Pierre, *Droit international public*, Masson, 1995, 335 p.
- PADELIA-Mali, *Recueil de textes en droit de l'environnement au Mali*, Tome I : *Textes nationaux régissant l'environnement et les ressources naturelles*, Edition 2006.
- PADELIA Mali, *Recueil de textes en droit de l'environnement au Mali*, Tome II : *Textes internationaux*, Edition 2007.
- PRIEUR Michel, DOUMBE-BILLE Stéphane, *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement* ; + CD-ROM, Bruxelles : Bruylant-Aupelf-Uref, 1998, 720 p. (Université francophones).
- REVUE AFRICAINE DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, n° 00-2013, p. 152.
- RUZIE David, *Droit international public*, Dalloz, 1996, 253 p.
- SALMON J., *Dictionnaire de droit international public*, édition, 2001
- SIDIBE A. Y., *Droit et pratique du droit au Mali*, Bamako, Jamana, 1^{ère} édit., 2007.
- ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^{ème} édit., 1999.

- III -

SCIENCES POLITIQUES ET ASSIMILES

POLITIQUES SCOLAIRES ENTRE PERMISSIVITE ET RIGORISME AU MALI : NAISSANCE D'UNE COUCHE DE NEO ANALPHABETISME

**Moriké Dembele,
enseignant-chercheur,**

**département d'études et de recherche : sciences de l'éducation
Faculté des sciences humaines et des sciences de l'éducation (FSHSE)
Université des lettres et sciences humaines de Bamako (ULSHB)**

Résumé :

Cet article vise à décrire les options politiques en matière éducation depuis 1992 en mettant en exergue les contradictions de forme et de contenus qui les traversent. Une lecture à la fois horizontale et verticale des politiques d'éducation déclarées couplée des options opérationnelles associées a permis de constituer l'objet de réflexion qui sous-tend la présente contribution. La constitution de cet objet a intégré également les données issues de différentes évaluations effectuées dans cet espace temps. En effet, la mise en œuvre des politiques publiques d'éducation déclarées, fortement influencées par les prescriptions internationales, se heurte à un environnement sociohistorique, socioéconomique et sociodémographique très peu favorable. Partant de cette distorsion, les stratégies opérationnelles pour la réalisation de ces options politiques oscillent entre des choix parfois contradictoires. Si d'un côté, la course à l'universalisation de l'accès à une éducation primaire a permis des options politiques marquées par une permissivité se traduisant souvent par un laisser-aller, un affaiblissement des normes de qualité dans tout le secteur de l'éducation du primaire au supérieur, de l'autre côté, la crainte associée à une baisse significative des niveaux de connaissance de base chez de nombreux enfants, marquée par le risque élevé de retour à une sorte de néo analphabétisme, s'est manifestée par un rigorisme forcené, une forme de résistance sécurisante et de dédouanement moral pour les autorités publiques.

Mots clés : politique scolaire, permissivité, néo alphabétisme.

La démocratisation et la libéralisation de l'offre éducative intervenues après les évènements de mars 1991 (renversement du régime militaire et instauration de la démocratie multipartiste) ont fait exploser les attentes des

Maliens en matière d'éducation et de formation : l'offre d'éducation s'est accrue et diversifiée avec l'apparition de nouveaux acteurs dans le champ scolaire : organisation non gouvernementales, partenaires techniques et financiers, collectivités territoriales décentralisée, opérateurs privés. Ainsi, l'accès à l'école s'est massifié. Cependant cette massification masque difficilement la piètre qualité de l'éducation. De témoignages nombreux attestent des effets néfastes de la tendance actuelle de la massification scolaire. Si les chercheurs ne dénoncent pas l'aspiration à la scolarisation universelle, ils contestent souvent les choix politiques pour y parvenir. Ainsi, en observent-ils les conséquences comme véritables fossoyeurs du système scolaire (Diakité, 2000 ; Doumbia, 2001 ; Diallo, Fomba, Keita & Touré, 2003 ; Traoré, 2008 ; Abdoulaye, 2004 ; Weyer, 2011).

Doumbia (2001) déplore l'inadaptation scolaire en ces termes : « l'école ne cesse d'engendrer des jeunes inadaptés scolaires qui se voient remis à leur famille [...] et de produire des « exclus qui partent en ville » et sont susceptibles d'emprunter des voies qui conduisent à la délinquance. C'est bien ce qui fait observer Dougnon dans la préface de l'ouvrage de Weyer (2011) : « Le taux d'achèvement de l'enseignement primaire est très faible : sur 100 enfants qui entrent à l'école, seuls 56 franchissent le cap de la sixième année primaire. Les 44 autres sont rendus à leurs familles, sans qualification ; souvent, ils retournent à l'analphabétisme et, dans le pire des cas, font gonfler le rang des enfants de la rue ». La convergence de ces points de vue sur le devenir des déscolarisés précoce ne surprend guère le lecteur avisé, elle cristallise largement la tendance des débats sur les politiques scolaires au Mali depuis les années 1990.

La traduction concrète des engagements internationaux en matière d'éducation pour tous (EPT) a donné lieu à des choix politiques multiformes qui ont abouti à une recomposition du paysage scolaire malien. Cette recomposition a été analysée en termes de progrès scolaires (nombre élevé d'inscription) et en même temps en termes d'efforts tendant à atteindre l'éducation pour tous (EPT) (Banque mondiale, 2007). Elle a également été analysée en termes de conflits, de crise de l'institution scolaire (Diakité, 2000 ; Charlier, 2005 ; Bianchini, 2004). Ces évolutions ont été rarement analysées en termes retour à l'analphabétisme des anciens scolarisés. C'est pourquoi cette contribution intègre les analyses précédentes, mais tente d'aller plus loin, en essayant de faire un lien entre les options politiques de massification et le retour possible à une situation de néo analphabétisme dans un contexte où les apprentissages scolaires demeurent pauvres, parfois bien éloignés des environnements socioéconomiques dans lesquels les sortants diplômés et sans diplôme sont appelés à se construire, à s'insérer socialement et professionnellement (Jondo, 2009). Les échecs massifs aux examens nationaux font monter le nombre de sortants du système sans diplôme et sans

qualification quelconque. Les politiques scolaires se concentrant uniquement sur les enfants et jeunes inscrits, elles oublient cet autre public qui se massifie en marge du système scolaire. On s'interroge alors sur comment les politiques publiques d'éducation scolaire construisent cette classe intermédiaire de néo analphabètes et les risques associés à leur massification.

I - Gouvernance internationale du secteur de l'éducation

Depuis plus de cinquante années, l'éducation a cessé d'être l'apanage des seuls États Nations pour devenir une préoccupation internationale. A cet effet, la communauté internationale a érigé un ensemble de textes (déclarations, conventions, principes) qui est devenu désormais le référentiel des politiques nationales en matière d'éducation. La convention constitutive de l'UNESCO en 1946 affirmait la primauté de l'éducation et les Etats signataires se proposaient « d'assurer à tous le plein et égal accès à l'éducation ». Ainsi, la mission essentielle de l'UNESCO est de créer par l'éducation et la culture la paix dans le monde.

Trois années plus tard, la déclaration universelle des droits de l'homme renforçait cette idée de droit à l'éducation en stipulant en 1948 « toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire » (art. 26). Ainsi, chaque citoyen du monde a droit à l'éducation. Ce droit à l'éducation devient ensuite l'enjeu majeur de l'Organisation des Nations unies qui soutient l'idée de gratuité et d'obligation scolaire.

Dans cette perspective, l'UNESCO (1962) a proposé aux Etats la formulation de politiques favorables à la promotion de l'égalité des chances à tous les niveaux de l'enseignement. Dans la même direction, convoquée en Genève (Suisse) en 1970, la conférence internationale de l'éducation sur l'amélioration de l'efficacité des systèmes d'éducation et la réduction des déperditions d'effectifs scolaires à tous les niveaux de l'enseignement a mis l'accent sur les dangers liés aux inégalités de parcours scolaires.

En 1959, la première déclaration du droit de l'enfant s'adossait déjà à l'idée cardinale de droit à l'éducation. Elle proclamait que chaque enfant « a droit à une éducation [...] qui doit être gratuite et obligatoire ». A ce début de la constitution de l'arsenal législatif et juridique du droit à l'éducation, ces expressions peuvent être considérées comme des formes d'invite, de déclaration de bonnes intentions, elles n'avaient pas encore revêtu leur caractère obligatoire dictatorial et imposteur.

Trente années après, les déclarations deviennent des conventions et le discours international sur l'éducation change fondamentalement de paradigme. De simples déclarations d'intentions, les discours prennent des

accents autoritaires... La convention relative au droit de l'enfant en 1989 cristallise ce changement de paradigme qui n'est pas d'ordre terminologique, mais plutôt idéologique. La convention préconise « le droit de l'enfant à l'éducation [...] en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances » (art. 28, 29 et 30). La déclaration mondiale sur l'éducation en 1990 fédère toutes les idées contenues dans les engagements précédents et ouvre de nouvelles perspectives, notamment en matière de financement de l'éducation. Elle engage plusieurs partenaires internationaux comme l'UNESCO, la Banque mondiale, l'UNICEF, les programmes des Nations unies pour le développement dans le financement du secteur de l'éducation (Gasse, 2008).

Le cadre d'action de Dakar (UNESCO, 2000) vient clore la liste non encore exhaustive des rencontres internationales portant sur le développement de l'éducation. En s'appuyant sur les principes qui régissent le droit à l'éducation codifié dans la convention relative au droit de l'enfant et dans la déclaration mondiale sur l'éducation, le forum de Dakar réaffirme la primauté de l'éducation en ces termes : « l'éducation est un droit fondamental de l'être humain. C'est une condition essentielle du développement durable ainsi que de la paix et de la stabilité à l'intérieur des pays et entre eux ». En outre, le Cadre de Dakar encourage « l'universalisation de l'accès à l'école et l'augmentation du nombre d'élèves achevant leur scolarisation primaire ».

La trajectoire du droit à l'éducation au niveau international n'est pas rectiligne. Elle articule de simples déclarations ou de principes avec des conventions ou de traités plus contraignants en matière de politiques d'éducation. On perçoit, à la lecture de l'itinéraire de l'inscription du droit à l'éducation dans les préoccupations internationales, l'idée d'unifier voire de globaliser les politiques d'éducation dans tous les pays, plus particulièrement dans les pays africains en raison de leur forte dépendance financière (Lange, 2003).

Au plan africain, les engagements internationaux trouvent leurs compléments dans les différentes chartes à l'échelle régionale. La charte africaine des droits de l'homme et des peuples, instituée en 1981 affirme, à la suite des déclarations des Nations unies, « toute personne a droit à l'éducation » (art. 17). Puis, la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1999 complète la précédente en précisant en son article 11 « tout enfant a droit à l'éducation ». Cette charte, adoptée en 1990 engage les Etats à assurer une éducation primaire gratuite et obligatoire à tous les enfants. Elle énonce en son article 11 : « les Etats parties à la présente Charte prennent toutes les mesures appropriées en vue de parvenir à la pleine réalisation de ce droit et, en particulier, ils s'engagent à fournir un enseignement de base gratuit et obligatoire ».

Les chartes peuvent être considérées comme des dispositions normatives. Elles ont donc besoin de cadre opérationnel d'action stratégique en vue de leur réalisation. Ainsi, différents plans d'action ont envisagé leur mise en œuvre. Le plan d'action pour l'Afrique : « Éducation pour tous : cadre d'action pour l'Afrique subsaharienne : l'éducation pour la renaissance de l'Afrique au XXI^e siècle) affirme : « aucun pays au monde n'a jamais atteint le développement durable sans un système éducatif efficace, sans un enseignement primaire solide et universel, sans un enseignement supérieur et une recherche efficaces, sans l'égalité des chances en matière de d'éducation » (préambule).

Les déclarations et les conventions des Nations unies constituent les bases fondamentales de la législation internationale en matière des droits à l'éducation. Fort heureusement même tardivement, la communauté internationale s'avise qu'en martelant le droit à l'éducation pour tous, qu'elle occulte la qualité de cette éducation. L'UNESCO (2005) à travers le rapport mondial de suivi sur l'EPT rappelle judicieusement la nécessité d'une éducation de qualité pour tous.

Cette gouvernance internationale de l'éducation a eu le mérite d'attirer l'attention des autorités nationales sur les enjeux de l'éducation et sur la nécessité de lui accorder une place importante dans les politiques de développement. Bien plus, elle a favorisé la mobilisation des ressources en faveur de l'éducation à travers une prise de conscience des détenteurs de capitaux sur les enjeux de l'éducation à l'échelle mondiale. Elle a, en outre, aidé à ancrer l'idée de partenariat autour de l'éducation, considérée et confinée pendant longtemps dans la sphère familiale. L'éducation des enfants devient l'affaire de tous, des pouvoirs publics, de la société civile et du secteur privé. Une telle vision de l'éducation a rendu nécessaire la restructuration des systèmes scolaires avec notamment l'ouverture du secteur aux lois du marché.

Enfin, la gouvernance internationale de l'éducation renouvelle la place et le rôle des acteurs éducatifs (les parents, les élèves, les Etats, la société civile, les bailleurs de fonds). Ce renouvellement place les partenaires techniques et financiers (PTF) au premier rang dans l'élaboration des politiques éducatives dans les pays du Sud. De ce fait, leurs intérêts et leurs visions sont privilégiés.

Cependant, elle s'est souvent traduite par des options politiques approximatives en matière d'éducation dans de nombreux pays en développement, options et choix politiques parfois totalement en déphasage des contextes socioculturels et socioéconomiques. Au lieu que cette gouvernance mondiale de l'éducation hâte le développement du secteur de l'éducation, le risque devient de plus en plus élevé de la naissance d'une couche de néo analphabètes, très faiblement éduquées et préparées aux

exigences de la vie moderne. Ces laisser-pour compte du secteur de l'éducation s'accroissent et risquent d'hypothéquer sérieusement le développement de jeunes nations en développement qui verront très probablement se développer cette couche intermédiaire de néo analphabètes faiblement dotés de capital culturel, potentiellement dangereuse pour l'ordre public.

Portées essentiellement sur la massification des effectifs scolarisés, les options politiques internationales occultent la dimension de la qualité de l'éducation. Les instruments de mesure des politiques d'éducation recourent à la quantification pour évaluer les pratiques et accéder à des financements, à des ressources extérieures. Il en découle une course effrénée vers la scolarisation universelle dans les pays pauvres.

II - Les politiques locales d'éducation au rythme de la cadence internationale

Les politiques d'uniformisation des systèmes scolaires du fait de la mondialisation des économies ne sont pas observées seulement en Afrique, elles sont à l'œuvre à l'échelle de la planète (Charlier, 2003). On n'observe aucune poche de résistance. Toutefois, les incidences des politiques de globalisation de l'éducation sur les systèmes scolaires des pays en développement apparaissent drastiques et les politiques peinent à concilier le local au global. Or cette conciliation apparaît indispensable dans la mesure où les performances des systèmes éducatifs sont évaluées selon des critères universels et non selon les projets des populations qui les ont mis en place (Charlier, 2005).

Un détour sociohistorique sur la trajectoire de l'institution scolaire au Mali

Une analyse sociohistorique rapide des politiques d'éducation au Mali fait ressortir trois périodes marquantes dont les frontières ne sont pas totalement étanches. Les événements politiques importants encadrent chaque période et lui confèrent ses marques.

Les politiques scolaires précoloniales

Les politiques scolaires précoloniales ne sont pas suffisamment documentées (Lange, 2000). Toutefois, cette période a connu une éducation religieuse glorieuse. Beaucoup de témoignages concordants attachent à cette période, une conformité entre les demandes et les offres d'éducation (Gérard, 1989 ; Diarra, Diakité, Konaté & Lange, 2001). Les populations manifestaient beaucoup plus d'intérêt aux écoles coraniques qui correspondaient à leurs attentes sociales d'éducation « permettre aux enfants d'acquérir un minimum de connaissance pour pouvoir s'acquitter des devoirs

religieux » selon les mots de Stéphanie Gasset (2007 :181). On retrouve très peu d'informations sur le modèle scolaire arabo-musulman de ces époques un peu éloignées, notamment sur les politiques d'éducation qui les inspirent, même si le nombre réduit de productions disponibles affichait leur réputation (Desalmand, 1983 ; Diarra *et al.* 2001). A cette période déjà, parallèlement aux offres de formation musulmane, les missionnaires catholiques ouvraient des centres d'alphabétisation, plus portés à traduire la Bible dans différentes langues nationales, facilitant ainsi l'accès des populations à « la parole de Dieu » (Denise, 1975 ; Rogers, 1997 ; Borne & Falaze, 2009). Pendant cette période, les choix politiques en matière d'éducation sont restés peu explorés probablement du fait de l'accès difficile aux sources et de leur faible extension comme en témoignent les propos de Santerre (1982 : 23) : « tout aussi négligé que le savoir traditionnel, le savoir coranique ne bénéficie nullement de l'intérêt exclusif porté à la scolarisation [...] et le nombre de spécialiste à pouvoir en parler est faible ». Si des formes scolaires existaient pendant très longtemps dans les grands ensembles soudanais, comme l'attestent des témoignages (Capelle, 1990, Shorter, 2011), l'école et sa fréquentation dans leur forme actuelle se réfèrent à l'époque coloniale, les bases de l'institution scolaire sont établies pendant le régime colonial (Lange, 2006).

Les politiques scolaires coloniales

La deuxième période fut marquée par l'invasion coloniale. En effet, si le régime colonial n'avait pas créé l'école au Mali, c'est bien lui qui lui donna sa forme et son organisation actuelles. Les intentions qui ont présidé à la constitution de l'école coloniale sont très bien connues. On retrouve ici et là de très nombreux témoignages qui attestent ses finalités. A l'opposé des villes situées le long de la côte de l'Océan atlantique qui entretenaient une longue tradition de contacts et d'échanges avec les Européens par le biais du commerce, les villes situées à l'intérieur du Soudan, éloignées des côtes atlantiques, ont manqué assez souvent de contacts et de relations avec les Européens et disposaient de très peu d'individus susceptibles d'assurer les fonctions d'interprètes (Lange, 1998). La création des écoles devenaient une nécessité urgente et répondaient à ce besoin fondamental de communication entre populations indigènes et colonisateurs (Bouche, 1966). C'est pourquoi, l'institution scolaire est considérée comme partie intégrante des stratégies coloniales de domination. On peut à juste titre mentionner les propos de Georges Hardy, inspecteur de l'enseignement de l'Afrique Occidentale française :

« Nous imposons à l'école d'étroites obligations [...]. Nous nous efforçons de l'apparenter de plus en plus étroitement aux intentions essentielles de notre œuvre coloniale, de l'enraciner en pleine terre de réalité,

de faire de son enseignement tout entier une préparation aux modes d'existence qui nous paraissent désirables pour les indigènes » (Hardy, 1917 : 350).

L'école dans sa forme moderne, introduite en Afrique noire en plein contexte colonial, n'est pas née comme une réponse aux besoins mêmes de la société autochtone, mais fut pensée et imposée de l'extérieur, ce qui fait d'elle, aux yeux de nombreux observateurs, un programme politique plutôt qu'une activité culturelle positive. Comme le mentionnait le romancier Sammy dans l'*Odyssée de Mongou* (cité par Kamara, 2007), les propos du commandant de cercle à l'instituteur dévoilent les intentions qui ont présidé à l'institution de l'école dans les colonies francophones : « Je ne vous demande pas de faire de ces nègres des savants. Ne nous empoisonnez pas l'existence avec une classe de lettrés prétentieux et vantards [...] Il nous faut des auxiliaires, des gens qui servent d'intermédiaires entre nous et les populations. Apprenez-leur des choses empruntées à leur milieu, à leur vie. Pas de grandes théories, surtout pas de philosophie. Ce ne sont pas des hommes de tête qu'il nous faut, mais des hommes de main. Qu'ils nous servent sans poser des questions et qu'ils obéissent avant de comprendre. S'ils arrivent de distinguer leur main droite de la gauche, c'est largement suffisant, il n'en faut plus » (Kamara, 2007 : 9).

Bien que ces paroles soient tenues par un personnage de roman et relèvent donc de l'ordre fictionnel, elles traduisent de manière saisissante la manière dont les contenus d'enseignement étaient sélectionnés et les finalités qui leur étaient associées. Ces propos trouvent leur illustration parfaite dans les orientations prescrites par Hardy (1917) considéré à juste titre comme l'idéologue de l'école coloniale : « Nulle part dans notre enseignement primaire et primaire supérieur, les mathématiques pures, dégagées de tout empirisme et séparées des soucis de la vie quotidienne, n'ont installé jusqu'ici l'élégant appareil de leurs abstractions. A dire vrai, nous ne calculons pas, nous comptons, nous manions des quantités réelles, des valeurs tangibles, toutes tentatives pour monter à de plus hautes spéculations ont abouti à de piteux résultats. Cela ne veut pas dire que nous soyons irrémédiablement condamnés à cette humilité, mais il nous faut laisser au temps sa part d'action, ne nous pressons pas ; les acquisitions actuelles nous suffisent » (Hardy, 1917 : 226-227).

Le système d'enseignement colonial avait pour objectif essentiel la création de possibilités et d'environnements favorables aux intérêts économiques et politiques de la bourgeoisie française (Kamara, 2007). Ce système a pour objectif principal : « Eviter que l'enseignement des indigènes ne devienne un instrument de perturbation sociale [...]. Le recrutement de l'enseignement primaire supérieur doit faire l'objet d'un triage attentif, il s'agit, en effet, de faciliter l'accès des carrières administratives à ceux dont la

famille a toujours secondé avec honneur notre œuvre civilisatrice et mis son prestige héréditaire au service de nos intentions, il s'agit de distinguer parmi les autres ceux dont les qualités de caractère sont absolument certaines, et il faut, surtout, éliminer avec un soin impitoyable tous ceux qui feront servir à la satisfaction de leurs appétits le savoir qu'on leur donnera, qui pousseront leurs congénères à des révoltes » (Hardy, 1917 : 296).

Ainsi, l'enseignement colonial était ressenti comme une récompense en faveur des familles féodales africaines qui avaient facilité l'installation de la colonisation au Soudan français. Il s'agissait de rapprocher davantage, par le biais de l'école, ces familles de l'administration coloniale. En effet, « l'école des otages » devenues « l'école de fils de chefs » visait essentiellement à maintenir l'ordre social existant ou à le reproduire indéfiniment.

En définitive, les débuts du système scolaire en Afrique francophone sont tumultueux et écartelée entre des options contradictoires. Le système scolaire colonial cristallise en lui une contradiction profonde : comment former des auxiliaires devenus indispensables à la bonne marche de l'exploitation coloniale sans pour autant leur donner une éducation susceptible de les conduire à une remise en cause de la légitimité de leur autorité ? Les contradictions qui traversent les choix des contenus, des méthodes d'enseignement et du pilotage du système scolaire émaillent les discours politiques sur l'éducation. Ces contradictions originelles marquent également l'évolution des systèmes scolaires dans les post-colonies. La gestion politique de cet héritage colonial en matière de scolarisation détermine la courbe des évolutions dans chaque pays. Ainsi, les post-colonies peuvent être réparties en deux groupes. D'un côté, les pays où les options politiques sont restées globalement ancrées dans le sillage colonial (ce sont les plus nombreux), les réformes se trouvent dans une sorte de continuité avec des ruptures mineures. De l'autre, les pays où les options politiques se sont inscrites dans une sorte de rupture totale avec l'ordre scolaire colonial (ces pays sont très peu nombreux, la Guinée et le Mali en font partie), les réformes scolaires, parfois nombreuses, ont connu des difficultés dans leur mise œuvre, réduisant leur efficacité pratique.

Les politiques scolaires postindépendance

A l'indépendance, le Mali, comme d'autres post-colonies, a adopté des choix politiques de rupture avec le modèle scolaire colonial. Ainsi, il entreprit la première grande réforme du système scolaire en 1962, destinée essentiellement à décoloniser les esprits et à réaliser une école conforme aux besoins du développement du jeune Etat indépendant. Cette réforme, devenue le socle du nouvel édifice scolaire, connut des fortunes diverses et fit l'objet de recentrage, de réorientation et d'approfondissement en différentes périodes historiques du pays. Une analyse historique de

l'évolution de la politique scolaire au Mali à partir de la réforme de 1962 permet de distinguer globalement deux périodes importantes dont l'année 1992 marque la frontière.

La période de 1962-1992

Beaucoup de travaux de recherche sur le système scolaire malien conviennent des nombreuses difficultés qui ont accompagné son renouvellement après les indépendances. La prétentieuse réforme de 1962, assujettie à une idéologie socialiste, était à juste titre considérée comme l'acte de naissance de l'école malienne. Elle envisageait une institution scolaire nouvelle, totalement démarquée du modèle français, fortement ancrée dans les valeurs locales. Ajustée déjà en 1964 (lors premier séminaire national sur l'éducation), cette réforme enthousiaste accroît sensiblement la scolarisation, considérée par les autorités politiques d'alors comme un élément important du décollage économique. De 1960 à 1970, le taux de scolarisation passe de 9 % à 22 %, plus du double. Cette tendance à la hausse se maintient jusqu'autour des années 1980 qui enregistrent un taux de scolarisation de 27 %.

En 1980, la ruralisation, déjà contenue dans la réforme de 1962, était instituée dans toutes les écoles fondamentales. Elle consistait à la reconversion des apprenants en producteurs, en acteur économique, comme pour effacer les frontières entre l'école et la vie, sous le slogan « lier l'école à la vie ». A partir des années 1980, les effets conjugués de la crise économique et des sécheresses récurrentes entraînent une baisse significative de la scolarisation comme dans de nombreux autres pays africains (Lange, 2000). Les programmes d'ajustement structurel (PAS) imposés pour réguler les économies africaines défaillantes ont plongé les écoles malientes dans une période de turbulences, marquée notamment par les incitations aux départs volontaires à la retraite des enseignants, par des mouvements étudiantins (qui entraîne la fermeture des établissements d'enseignement supérieur en 1980), par la naissance d'une couche de jeunes diplômés sans emploi à partir de 1983. Dès lors le système scolaire entre dans une période de turbulences et les options politiques n'ont pas toujours apaisé les tensions observées. Les débats politiques sur le système scolaire se sont multipliés (les états généraux de l'éducation 1989, le débat national sur l'éducation de 1991).

Les résultats de ces trente années sont apparus globalement assez maigres en termes de niveau de scolarisation. Le tableau suivant montre la rupture de la tendance à la hausse du taux brut de scolarisation au croisement des années 1990.

Tableau N°1 portant sur les taux bruts de scolarisation

1960	1970	1980	1990
9 %	22 %	27 %	24 %

Sources : CPS 2015

La baisse de la scolarisation observée à partir des années 1980-1990 traduit un nouveau rapport à l'école. En effet, avant les années 1980, les premiers produits sortis de l'école avaient accès directement aux fonctions prestigieuses de l'Etat, cela favorisait la construction d'une bonne image de l'école. Mais la fonction publique saturée, les diplômés commençaient à chômer à partir de 1984, et la vision de l'école comme ascenseur social était rompue. L'institution scolaire perdait de sa valeur aux yeux des populations dès qu'elle cessait de garantir un accès automatique à des emplois valorisants. Beaucoup de parents étaient entrés dans des logiques de diversification de la formation des enfants.

La faible qualité de l'enseignement public amène les populations à inscrire leurs enfants dans les écoles privées. Les medersas, écoles franco-arabes connaissent leur développement entre 1980 et 1990 probablement suite à la baisse des attentes chez les populations à l'égard de l'enseignement public (Lange, 1987). Les propos rapportés par Gérard (1993) : « A quoi bon d'envoyer ses enfants à l'école d'aujourd'hui ? » Entend-on de la bouche des parents d'élèves ? « Les diplômés chôment, les parents n'apprennent plus rien à l'école, ils font quelques années et sont renvoyés et quand ils en sortent, ils ne savent même plus de servir de la houe pour cultiver. On leur paye des études, alors qu'on n'a rien, pour arriver à ces résultats ? A quoi bon ? » (Gérard, 1993 :132-133).

La question de la rentabilité de l'école est posée. Ses produits ne seraient plus adaptés au marché de l'emploi. Elle est doublement inadaptée (Gérard, 1989), d'une part, elle n'offre plus la possibilité d'accéder à de l'emploi salarié, et d'autre part, elle ne cultive pas chez les élèves le goût du travail manuel, ce qui rendait difficile leur insertion socioprofessionnelle après l'école. Ce sur quoi il convient de s'interroger en plus, c'est bien « qu'est-ce qui reste des apprentissages effectués sur les bancs ? ». La question des acquis scolaires et de leur permanence chez les décrocheurs précoce et les possibilités de les rentabiliser dans les activités de la vie paraît centrale dans la situation actuelle. Le risque d'un retour à l'analphabétisme pour de nombreux jeunes déscolarisés est assez élevé tant les acquisitions sont faibles et sont peu portées sur le développement des compétences.

La période de 1992-2012 : les politiques scolaires permissives

La deuxième grande réforme du système scolaire est amorcée en 1992. Elle trouve ses prémisses dans la constitution du 12 février 1992, qui en relation avec des engagements internationaux en matière des droits de

l'homme, en particulier du droit à l'éducation, stipule en son article 18 : « tout citoyen a droit à l'instruction. L'enseignement public est obligatoire, gratuit et laïc. L'enseignement privé est reconnu et s'exerce dans les conditions définies par la loi ». Cette loi fondamentale s'est déclinée en deux lois d'orientation de la politique nationale en matière d'éducation et de formation.

La réforme politique du système se matérialise à travers la loi n° 99-046 AN-RM portant loi d'orientation sur l'éducation, fixant les grandes orientations de la politique nationale en matière d'éducation, d'instruction et de formation. Dans l'objectif d'une scolarisation universelle, les choix politiques incluent une palette de solutions de raccourcis. Toutes les innovations tendent à la réalisation effective de la scolarisation universelle. Cette loi a conduit à l'élaboration du programme décennal de développement de l'éducation (PRODEC) dont l'application s'est effectuée de 1998 à 2008 (MEN, 2000). Ce programme a adopté la devise suivante : « un village, une école ou un centre d'éducation pour le développement ».

Options opérationnelles des politiques scolaires

Les options politiques dans la perspective de réaliser l'EPT articulent permissivité et rigorisme dans un ordre dessus-dessous. On retient les politiques de gestion des flux, de diversification du financement du système scolaire, de recrutement d'enseignants peu qualifiés. De l'autre, les déclarations politiques qui marient la rigueur, la sélectivité, se traduisant par des taux élevés d'échecs aux examens nationaux. L'analyse relève les contradictions qui traversent ces options politiques.

Les politiques de gestion de flux ont oscillé entre une sorte de « laisser-aller » et des formes de contrôle, de triage en fin de cycle. Les systèmes de passage, d'une classe à une autre, s'est beaucoup assoupli et les examens nationaux sont objet de tripatouillage des résultats par un système de repêchage, érigé en méthodes de régulation plus visibles des flux depuis 1992. Si la nouvelle école fondamentale (NEF) a substantiellement amélioré la fluidité interne du système scolaire avec principalement l'annulation de l'examen d'entrée en 7^e année, il reste entendu que cette option a fait plutôt perdre le système d'une mobilisation qui contribuait à l'amélioration de la qualité. En supprimant l'examen du CFEPCF¹, les autorités politiques ont du coup anéanti la mobilisation que cette évaluation est susceptible de créer. En effet, l'année du CFEPCF était réputée être pour la mobilisation des enfants, qui pour la première fois passaient un examen national. Les enfants

¹ Certificat de fin d'études du premier cycle de l'enseignement fondamental.

se mobilisaient et se donnaient davantage au travail scolaire plus que par les années précédentes. En outre, les parents sachant que leurs enfants affrontent une épreuve nationale, eux-aussi se mobilisaient et soutenaient les efforts des enfants par divers types d'accompagnement et de conditionnement. Enfin, cette suppression dispensait les établissements des traditionnelles compétitions à la fin de chaque année. Cette compétition entre écoles, entre classe d'une même école, était source de valeur ajoutée en termes de préparation, de dévouement pour la réussite du plus grand nombre. Tenir une classe de 6^e année était considéré comme un avantage en soi, il valorisait les enseignants et les poussait dans une sorte de rivalité concurrentielle susceptible de se traduire par des apprentissages de qualité. La suppression de cet examen entraîne donc la perte de ces différents types de mobilisation qui pouvaient atténuer grandement les vides et les faiblesses qui jalonnent le cursus primaire. On peut en déduire que si la suppression du CFEPCF améliore grandement la fluidité et réduit les charges financières liées à son organisation, elle n'est pas sans effet sur la qualité des apprentissages, sur le niveau de maîtrise des connaissances fondamentales au primaire (MEN : 2006).

La gestion des flux recourt également à la double division et double vacation (MEN, 2009). La double vacation est une formule consistant à grouper les élèves dans une salle de classe avec un maître pour deux ou trois groupes qui viennent à l'école successivement dans la journée. C'est un phénomène fréquent en milieu urbain en raison de la forte demande de scolarisation. Cette organisation a été en effet motivée pour contourner les contraintes d'offre de places dans les zones urbaines denses. Pour éviter, soit des classes dont l'effectif aurait été de 120 élèves (au-delà des capacités physiques des constructions existantes et des possibilités concrètes de faire fonctionner une classe de façon satisfaisante), soit de refuser la scolarisation à une certaine proportion d'enfants, des classes ont été organisées en accueillant un groupe d'élèves le matin et un autre l'après-midi. L'école essaie de maintenir des effectifs acceptables dans chacune des deux vacations. Les résultats des évaluations indiquent une perte d'apprentissage des élèves en raison de la réduction du temps scolaire (Mingat, 2003). Le temps scolaire effectif étant souvent réduit de l'ordre d'un tiers. Cela signifie que le système des doubles flux a des inconvénients considérables pour les élèves. Mingat et Suchaut (2000) et CONFEMEN (1999) expliquent cet effet par la réduction de la durée consacrée à chaque classe. Il s'agit notamment de la réduction de la durée des cours et du temps alloué à la correction des devoirs écrits. Il existe d'autres problèmes tels que la difficulté à concilier les horaires avec le rythme de vie des élèves. Par ailleurs, il est fatigant, pour un enseignant d'assumer deux classes de suite. Il est également constaté que

l'absentéisme est plus important chez les enseignants soumis à cette formule de gestion des classes (Bocoum, 2014).

Ces options politiques de gestion des flux ne suffisaient pas à elles seules à accélérer l'attente des objectifs de scolarisation universelle. Il fallait d'autres options et la Banque mondiale, institution très active dans ce domaine a préconisé la diversification des sources de financement. La décentralisation ou la territorialisation des politiques d'éducation renforce l'implication et la mobilisation des populations autour de l'école.

La décentralisation du secteur de l'éducation consacre au transfert des compétences traditionnellement dévolues à l'Etat aux collectivités territoriales. Cette décentralisation est perçue au plan politique comme un renouvellement des stratégies d'intéressement des populations à la chose scolaire mais également une redistribution des rôles dans le financement de l'éducation. La politique visant la refondation du système éducatif du Mali à travers le programme décennal de développement et de l'éducation (PRODEC) a fait de la décentralisation de l'éducation un axe majeur à partir de la loi n° 95-034 du 12 avril 1995 modifiée portant Code des collectivités territoriales en République du Mali. La lettre de politique éducative de décembre 2000 du ministère de l'Education soutient que le succès de la nouvelle réforme nécessite certains préalables : a) la déconcentration des activités éducatives ; b) la décentralisation de l'éducation à travers la responsabilisation des collectivités à la base et le transfert des compétences et des moyens ; c) la redéfinition et la reconnaissance de la complémentarité des rôles des différents partenaires » (MEN, 2003 : 8).

Une autre stratégie politique a consisté en l'intégration des écoles franco-arabes, jadis marginalisées, dans les comptabilités de taux de scolarisation. Cette forme d'ajustement structurel, d'intégration des structures de la périphérie aux systèmes éducatifs formels, a eu pour premier effet, l'augmentation sensible des taux d'inscription scolaire, étendant du coup les possibilités de mobilisation des ressources financières. Si cette intégration ne fait pas couler le bateau de la laïcité, elle interroge sur les finalités de l'enseignement religieux dans un contexte social de plus en plus porté vers la valorisation des compétences professionnelles comme socle de l'accès à l'emploi.

Le recrutement massif d'enseignants que la politique de massification a rendu nécessaire recourt à la stratégie alternative de recrutement du personnel enseignant (SARPE) visant à accroître rapidement le nombre d'enseignants pour accompagner le cheminement vers la scolarisation universelle. Les académies d'enseignement (AE), structures déconcentrées du ministère de l'Education nationale au niveau régional, organisent des formations accélérées de mise à niveau d'un à trois mois au profit des recrus auxquels un niveau de diplôme d'études fondamentales (DEF) est requis

pour accéder à ces formations (Weyer, 2011). Les Centres d'animation pédagogique (CAP), structures déconcentrées subrégionale, à l'échelon des préfectures, proposent également des formations complémentaires pour renforcer les capacités

Tableau N°2 : les enseignants selon le type d'école d'emploi et le profil de formation

Types d'école	Diplômés de l'IFM ou de l'IPEG	Sans formation en pédagogie	Jours de formations continues
Ecole publique	40,1 %	20,7 %	5,9
Ecole communautaire	2,5 %	81,2 %	7,5
Ecole privée	17,6 %	58,4 %	1,9
Medersa	1,1 %	95,2 %	1,3

Source : Weyer (2011 : 68)

On observe que les enseignants des écoles privées (privé laïc, confessionnel et communautaire) disposent d'enseignants non qualifiés. Leurs personnels enseignants sont recrutés parmi les jeunes diplômés sans emploi de toute filière de formation. Ces recrutements ne sont pas toujours sans incidence sur la qualité des enseignements - apprentissages.

La privatisation dans le système scolaire a introduit de profondes transformations. Elle a inscrit les rapports à la « chose scolaire » dans des logiques marchandes. La poussée exponentielle des écoles privées dans tous les ordres d'enseignement témoigne d'une certaine réussite du changement de mentalité à propos de la contribution des parents à l'éducation scolaire de leurs enfants. Au niveau fondamental, l'accroissement des effectifs scolarisés consacre le recul des établissements publics qui accueillaient près de 80 % en 1997, ils n'accueillaient plus que 63 % en 2005 (Banque mondiale, 2007). En effet en 2011, l'enseignement secondaire général comprend au plan national 223 lycées dont seulement 43 publics et 180 lycées privés. Ces lycées privés accueillent 58 % des effectifs nationaux (Bocoum, 2014). Le nombre d'élèves dans le privé au secondaire a d'ailleurs cru sous l'effet de l'orientation de certains élèves du public dans les établissements privés, mouvement très marqué à partir de la fin de l'année 1999-2000 (Banque mondiale, 2007). Ce phénomène de transaction entre public et privé est plus important dans le secondaire technique et professionnel dans lequel les élèves accueillis passent de 55 % des effectifs nationaux en 1997 à 75 % en 2005.

Tableau N°3 : Evolution des taux d'inscription annuelle selon le type d'école

Type d'école	Année scolaire		
	2004-2005	2009-2010	2013-2014
Ecoles publiques	62,96 %	60,17 %	64,48 %
Ecole privées	37,03 %	39,82 %	35,51 %

Source : CPS : Annuaire des statistiques scolaires de l'enseignement fondamental (2015)

L'augmentation de la couverture scolaire a donc été possible par le développement de la privatisation, de la communautarisation et l'intégration des medersas. La multiplication des écoles privées de base (laïques ou confessionnelles), des écoles communautaires met à jour la faillite de l'école publique et la recomposition du champ scolaire (Gérard, 1993). Cette recomposition analysée selon l'angle de la privatisation met à nu des formes d'appropriation inattendues. Elle s'est accompagnée par un ensemble de comportements, d'attitudes et de pratiques de contournement des règles de compétition scolaires. En effet, les écoles privées, sans un contrôle strict, ont développé des formes de marchandisation qui intègrent la fraude, la corruption et le clientélisme, mettant en mal la sincérité des évaluations (Traoré, 2014). Les différentes « fuites de sujets » d'examens nationaux cristallisent ces pratiques et attitudes.

De l'avis de beaucoup d'observateurs (Diakité, 2000 ; Jondo, 2009 ; Traoré, 2014), le système scolaire malien est bousculé, secoué, voire bouleversé dans ses règles et rites de fonctionnement, dans ses normes traditionnelles. Les comportements clientélistes et népotistes y pénètrent et érodent la crédibilité, la sincérité des évaluations scolaires. Les passages d'une classe à l'autre sont négociés, les examens nationaux donnent lieu à des types de marchandage insoupçonnés entre promoteurs privés et administrateurs scolaires publics d'un côté, entre enseignants et parents d'élèves de l'autre. Les résultats d'examens nationaux qui en découlent ne reflètent pas forcément les acquisitions scolaires réelles des élèves, mais plutôt les rapports sociaux de domination se traduisant en termes de connaissances des réseaux mafieux, et de pouvoirs financiers. Les différentes situations de « fuite de sujets » d'examens nationaux pendant de nombreuses années consécutives montrent à suffisance la puissance de ces réseaux affairistes et leur probable accointance avec les autorités publiques en charge de l'organisation des examens nationaux. Les politiques scolaires peinent à affirmer leur emprise sur ces dérèglements institutionnels et beaucoup d'observateurs parlent d'une institution scolaire en faillite ou simplement en crise.

En définitive, dans la perspective d'étendre la couverture de la scolarisation, les politiques scolaires ont adopté la décentralisation et la privatisation comme conditions favorables à une plus grande implication des communautés dans l'organisation et le fonctionnement de l'école. Sans être suffisamment préparées à ces changements pensés et mûris à des échelons supérieurs avec lesquels elles n'ont pas toujours de contacts directs, et parfois parachutés sur elles, les populations, en tout cas, la plupart d'entre elles sont apparemment dans une sorte d'impasses, de malaise dans la gestion de la responsabilité scolaire acquise sans qu'elles en formulent la demande. C'est bien cette idée d'imposition qui ressort de nombreuses études consacrées à ces évolutions du champ scolaire (Charlier & Pierrard, 2001 ; Traoré, 2011).

Les politiques scolaires rigoristes

Sachant bien la dénonciation sociale de la qualité des produits qui sortent de l'école, en deçà des attentes sociales dans leur ensemble, les discours politiques épousent plus en plus la rigueur, la sélectivité pour masquer les vraies tares des options politiques de massification scolaire. A la suite des déclarations au niveau international attirant l'attention sur la qualité de l'éducation (UNESCO, 1993), les discours officiels, comme le rapport présenté lors de la 47^e session de la conférence internationale de l'éducation à Genève en septembre 2004, prônent la qualité de l'éducation (République du Mali, 2004). Ces discours témoignent d'une prise de conscience des dangers liés à la massification des effectifs scolaires (Lange & Diarra, 1999). Dans son discours lors de l'ouverture du forum sur l'éducation en 2008, le président de la République affirmait avec force « aller résolument à l'école de nos besoins et non l'école de nos habitudes » (MEN : 2008).

Depuis quelques années, nous observons une nouvelle tendance visant à restaurer l'élitisme scolaire sur fond de mystification politique essentiellement porté par un discours magnifiant « l'excellence, la qualité » des ressources humaines. En effet, les populations semblent adhérer à ces discours, parce qu'ils cadrent bien avec leurs aspirations à la qualité de l'éducation mais aussi parce qu'elles estiment que cette qualité rime avec la sélection et serait incompatible avec des taux élevés d'admission aux examens nationaux. Toutes ces représentations sociales proviendraient de l'école coloniale qui fonctionnait selon les principes élitistes de promotion d'une minorité et grâce à une mystification de l'instruction (Gérard, 1997). Les taux suivants présentent les résultats aux examens nationaux du DEF et du BAC malien.

Tableau N°3 : taux d'admission aux examens nationaux du DEF² et du BAC

Année	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
DEF	50,65	62,14	71,13	73,31	64,54	32,73	18,85	36,54	33,30	42,27	33,01
BAC	44,18	47,05	47,62	55,91	34,90	29,39	31,58	12,36	13,03	16,24	17,99

Source : CNECE statistiques 2015 (nous soulignons)

Ces résultats et les variations qu'ils contiennent ne peuvent être mieux appréhendés que si l'on y associe tout le contexte sociopolitique qui sert de « lecteur-révélateur » des enjeux qui les conditionnent. En effet, un taux respectif *de 73,31% au DEF et de 55,91% au BAC* en 2008, qualifiée fort judicieusement comme « Bac promo » en référence aux ventes promotionnelles des sociétés de téléphonie mobile, s'insère dans un contexte sociopolitique de crise marquée par le refus de participer aux évaluations des différents syndicats d'enseignants de l'enseignement secondaire. Ces résultats, s'ils ne sont pas fabriqués, attestent un certain laxisme dans leur gestion. De l'autre côté, ces deux taux comparés aux résultats des quatre dernières années dans le tableau, le lecteur peut se demander à juste titre ce qui a bien pu se passer entre temps pour que les résultats chutent avec de tels écarts. Une première réponse est que le régime politique a changé. Et ce changement, pour y faire adhérer les populations, les autorités politiques les ont publiés « disent-ils en état » faisant endosser la responsabilité des taux précédents au laxisme ambiant des responsables politiques d'alors. A la suite de la première réponse, une autre lecture pourrait associer aux résultats des dernières années « le printemps scolaire », ce renouveau serait un leurre parce qu'il ne serait pas attaqué à la racine du mal scolaire qui produirait de tels faibles scores. Enfin, on se rend compte que les résultats des examens nationaux constituent des enjeux politiques majeurs, et qu'ils sont manipulés et intégrés plus ou moins harmonieusement aux discours politiques dont ils servent d'assise.

Les faibles taux enregistrés depuis 2012 semblent témoigner de la dépolitisation des résultats scolaires lors des examens nationaux donnant l'impression que les autorités publiques n'interviennent plus pour ajuster les résultats d'examens nationaux, non seulement en termes de régulation des flux mais aussi en termes d'avantages politiques, notamment la préservation de la paix sociale. Si tous les taux d'admission très bas des quatre dernières années ne provoquent pas un soulèvement populaire, c'est bien parce qu'ils sont accompagnés d'un discours politique affirmant la rupture avec les pratiques des régimes précédents. Toutefois, une analyse plus poussée pourrait bien les qualifier de rigorisme forcené ou de laxisme d'un autre type. En effet, ces options politiques semblent tenir comme seuls responsables du

² Diplôme d'études fondamentales (Equivalent du BFEM).

niveau des acquisitions scolaires, les élèves, partant les familles. Elles occultent la responsabilité du système scolaire et les règles qui régissent son fonctionnement. Les questions, comme « Qui enseigner ? Et quoi enseigner ? Et pourquoi ? », n'attirent pas l'attention politique et médiatique. Ces questions, si elles sont abordées, suscitent des réactions émotionnelles plutôt qu'une analyse sérieuse. Quels intérêts a-t-on de faire cheminer les enfants jusqu'à la fin du fondamental et les lâcher massivement sous prétexte qu'ils n'ont pas le niveau, sachant bien qu'une poursuite pourrait bien les protéger de tomber à nouveau dans l'analphabétisme ? Comment peuvent-ils avoir un niveau d'acquisition si les autorités politiques en charge de l'éducation continuent à les envoyer dans des établissements privés sans s'assurer des conditions d'apprentissage qui sont les leurs. Et bien d'autres questionnements qui engagent la responsabilité de la gouvernance du système scolaire.

Dans ce contexte, les enfants et les jeunes sont lésés davantage que protégés et le système scolaire est affaibli plus que renforcé dans les contradictions qui marquent les options politiques sur l'école. Les discours politiques sur l'élitisme scolaire dans le contexte actuel éclairent très peu les vrais enjeux ou les précipitent dans des catégories préconçues qui déterminent les attitudes, sous forme de stéréotypes de type « nos élèves n'ont pas de niveau » entravant ainsi la compréhension des phénomènes scolaires. De tels discours, bien qu'ils soient faciles à construire, et qu'ils aident à éviter la complexité, occultent ou contournent les vrais enjeux. Les difficultés des systèmes scolaires africains sont tributaires de la pression internationale qui incite des options politiques inappropriées aux réalités concernées. Des discours plus nuancés portant sur une responsabilité partagée sont susceptibles d'aider à mieux comprendre la situation générale de l'institution scolaire en crise.

Si les options politiques opérationnelles ont sensiblement étendu la couverture scolaire et ont contribué à améliorer de manière globale le rapport à l'école, notamment en réconciliant les populations avec le modèle scolaire (Lange & Diarra, 1999), il reste que la qualité des apprentissages et leur poids sur les compétences sociales interroge beaucoup d'observateurs. Les effets conjugués de ces options politiques ont accru considérablement le taux d'achèvement qui est passé de 26 % en 1997 à 43 % en 2005 ainsi que le taux d'accès à l'école qui atteint 72 % en 2005 (Banque mondiale, 2007). L'analyse portant sur les mesures empiriques des acquisitions effectuées par différents acteurs, utilisant différentes méthodes, apporte un éclairage sur l'efficacité des options politiques entreprises depuis 1992.

Les mesures empiriques des acquisitions scolaires

Les mesures empiriques des acquisitions scolaires au niveau de l'enseignement fondamental dans le cadre de cette contribution se réfèrent aux évaluations standardisées du Centre national de l'éducation (CNE, 2007), du programme d'analyse des systèmes éducatifs de la CONFEMEN (CONFEMEN, 1999, 2004) et des examens nationaux du diplôme d'études fondamentales (DEF) et du baccalauréat malien.

Le Centre national d'éducation (CNE, 2007) a réalisé une évaluation des acquis en langue et communication (LC), en sciences mathématiques et technologiques (SMT). Les résultats montrent le faible niveau d'apprentissage des élèves dans l'enseignement primaire. On constate que moins de la moitié des élèves de la 6^e année avaient acquis des compétences de base en sciences, en mathématiques et en technologie alors qu'un quart de ces élèves n'avait toujours pas acquis des compétences minimales en langues et en communications. Après deux années de scolarisation de base, 61 % des élèves n'avaient pas encore acquis des compétences minimales en sciences, en mathématiques et en technologie et 53 % d'entre eux n'avaient pas acquis les normes minimales en matière de compétences en lecture et en communications n'affichant aucune amélioration depuis 2005. Ces résultats témoignent quelque part, comme indiqué plus haut, de la faible maîtrise des savoirs par les élèves du primaire. C'est pourquoi Pôle de Dakar (2009) conclut que le niveau moyen d'acquisition de connaissances au Mali fait partie des plus faibles de la sous-région.

Dans le cas des évaluations standardisées, des enquêtes spécifiques ont été réalisées pour certains pays africains, dans le cadre du PASEC, en vue de comparer les résultats obtenus en français et mathématiques en deuxième et cinquième années de l'enseignement primaire. Les données ainsi recueillies visent à apprécier le niveau des élèves selon les trois compétences de base à savoir lire, écrire et compter. C'est dans ce sens que le Mali a participé à ce programme d'évaluation du PASEC en 2002. L'objectif étant d'évaluer le niveau d'acquisition des élèves et de le comparer avec les résultats des élèves d'autres pays où le PASEC a mené des activités similaires avec les mêmes épreuves de français et de mathématiques.

Les résultats de l'enquête ont montré que le niveau de performance des élèves maliens dans l'enseignement primaire était également modeste comparativement aux autres pays ayant utilisé les mêmes tests. Le score moyen d'acquisitions des élèves est proche de celui des pays ayant le score le plus faible pour se situer à environ dix points en-dessous de ce qui est observé dans les pays ayant réalisé les meilleurs scores (Banque mondiale, 2007). Les pays ayant participé aux évaluations du PASEC étant le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, Madagascar, le Mali, le Niger, le

Sénégal et le Togo. Le tableau qui suit donne le niveau d'acquisition moyen des élèves aux tests de français et de mathématiques en fin de 2^{ème} année.

Quant aux examens nationaux de fin de cycle, le diplôme d'études fondamentales (DEF) et le baccalauréat malien, ils affichent tous des scores faibles de réussite. En définitive, les évaluations, qu'elles soient conduites par les structures nationales ou des organismes internationaux, attestent le faible niveau des acquisitions scolaires. Il reste à se demander les incidences de ces faibles niveaux des apprentissages sur le devenir des décrocheurs précoce du système scolaire. Une autre possibilité d'évaluer les résultats des politiques consiste à déterminer le degré d'alphabétisation des jeunes déscolarisés au fondamental niveau. L'idée de base est qu'en général, le cycle fondamental 1 a pour principal objectif de donner aux jeunes un niveau de connaissances qui leur permettra d'être durablement alphabétisés à l'âge adulte. Après un nombre d'années de scolarisation (notamment six années), la qualité des années d'apprentissages est évaluée à partir de la « littéracie » observée chez les décrocheurs. Ainsi, plus la prétention du savoir lire est bonne, meilleure a été la qualité des apprentissages initiaux.

III – Naissance d'un néo-analphabétisme

Afin de soutenir l'idée de la naissance d'une couche d'enfants et de jeunes faiblement dotés d'un capital scolaire, essentiellement portée vers un type néo analphabétisme, nous recourons aux données aux résultats d'une enquête récente effectuée dans le cadre d'un mémoire de maîtrise en sciences de l'éducation portant sur « déscolarisation et retour à l'analphabétisme dans la commune rurale de Tomara ». Cette étude socialement plus ancrée a produit des résultats qui convergent vers la naissance et le développement de groupes d'enfants et de jeunes, de plus en plus important, anciennement scolarisés, s'acheminant inexorablement vers une situation qualifiée de néo analphabétisme. La libération du champ scolaire s'est accompagnée d'une diversification des types d'écoles. Conformément aux politiques de territorialisation de l'école, de nombreux villages ont créé leurs structures scolaires, communément appelées, « écoles communautaires ». Ces types d'écoles sont créés et entièrement gérés par les populations et leurs partenaires. Cette recomposition du paysage scolaire s'est manifestée dans la commune rurale de Tomara par une sorte d'enthousiasme et de compétition entre les villages et les groupes de village.

En 1992, cette commune ne disposait que deux écoles publiques. En 2015, la commune compte 36 écoles fondamentales dont 13 avec un cycle complet. Cette extension de la couverture scolaire, soutenue par les associations de migrants résidents principalement en France, s'est traduite par une sorte de compétition entre villages sous forme de rivalité. Cette

démultiplication des écoles, à l'image des mosquées et des centres de santé qui les ont précédés, a permis d'ouvrir les portes de l'école à nombreux enfants qui, sans ces écoles communautaires verrait leurs chances très réduites, voire nulles d'être scolarisées.

Cependant, après une courte période d'euphorie qui a vu les effectifs scolaires se massifier, ces écoles communautaires connaissent des difficultés de fonctionnement qui se manifestent par une décroissance inquiétante des effectifs, des fermetures de niveaux et cycles. L'Etat avisé du recul dangereux des taux de scolarisation, avait entrepris une transformation des dites écoles en écoles publiques prises en charges partiellement ou totalement par l'Etat. Ce retour à l'étatisation des écoles communautaires s'est accompagné par une dégradation des enseignements, des apprentissages ainsi qu'une amorce périlleuse de la déscolarisation de nombreux enfants restés souvent dans la phase transitoire (entre la prise en charge de l'Etat et le retrait des communautés pour incapacités financières) sans enseignants, sans classe.

Mais, ce n'est pas tout, il y a en outre les écoles communautaires (ce sont les plus nombreuses) qui ont vu leurs demandes de transformations en écoles publiques sans suite. Ces écoles se trouvent dans des situations de total dénuement. Elles ont vu leurs effectifs diminuer, leurs classes délabrées faute d'entretien régulier, leurs consommables épuisés, faute de renouvellement. Si toutes les écoles communautaires connaissent à différent degré ces perturbations, leur ampleur varie considérablement d'une commune à l'autre. Les communes rurales dont les populations font face à des difficultés accrues de survie ne disposent pas toujours de ressources pour faire fonctionner leurs écoles.

Cette situation générale des écoles communautaires s'observe particulièrement dans la commune rurale de Tomora. Contrairement aux mosquées et aux centres de santé qui sont souvent sources de revenus susceptibles d'en assurer le fonctionnement régulier, les charges de l'école, s'accroissant de manière exponentielle au fur à mesure qu'elle s'agrandit, sont difficilement couvertes par des populations dont les seuls revenus viennent de l'agriculture et des maliens de l'extérieur. C'est dans ce contexte que l'on observe des écoles communautaires qui se meurent dans la commune rurale de Tomara, sans susciter un émoi quelconque chez les plus hautes autorités en charge du secteur de l'éducation, qui ont arrêté le processus de transformation des écoles communautaires devant le nombre élevé de demandes.

Ces enfants et ces jeunes, très faiblement dotés en capital scolaire, fortement fragilisés par une déscolarisation précoce et de faibles situations de capitalisation et de renforcement des acquis scolaires dans leur environnement immédiat après leur décrochage, ne font pas encore l'objet

d'attention ni de la part des chercheurs en éducation, ni de la part des pouvoirs publics qui feignent de les ignorer. Une enquête récente effectuée auprès de 1 024 enfants et jeunes déscolarisés précoce, âgés de 12 à 26 ans, a donné des résultats assez représentatifs des difficultés de ces anciens scolaires à propos de la lecture et l'écriture. La notion de lecture recouvre une palette de significations, il s'agit dans le cadre de cette étude de lire un ensemble de noms propres d'animaux et de plantes familiers. En plus, cette lecture de mots isolés, des courts textes, genre SMS sont proposés à la lecture aux jeunes rencontrés. L'appréciation et le classement se font en fonction de la diction, de la spontanéité et du caractère naturel de la lecture. Nous retenons deux types de croisement des données recueillies dans le cadre de cette contribution dans lesquels les risques de retour à l'analphabétisme sont élevés.

Tableau N°4 Répartition des enquêtés selon le nombre d'années depuis la sortie et leurs capacités de lecture

Catégories ³	LISENT				
	Couramment	difficilement	très difficilement	Pas du tout	Total
Gr 1 ⁴	13	12	33	144	202
Gr 2	39	74	89	204	406
Gr 3	21	88	62	112	283
Gr 4	3	11	38	81	133
Total	76	185	222	541	1024

Source : Kanouté, (2013)

Une lecture du tableau ci-dessus permet de comprendre que tous les groupes considérés rencontrent des difficultés de lecture. Ils. Ces données contenues dans ce tableau renseignent surtout que plus de la moitié des enquêtés, soit 52,83 % n'arrivent plus à lire les noms propres de personnes, d'animaux et flore de leur milieu immédiat. De même, seulement 7,42 % arrivent à lire couramment. De très nombreux sortants du système scolaire, indistinctement du temps écoulé depuis leur décrochage, connaissent des risques de retour à l'analphabétisme en considérant leurs difficultés en lecture. On peut enfin noter que les sortants, les plus récents seraient plus en difficulté que les autres probablement quand ils seront à dix, voire vingt ans

³ Gr1 est composé de jeunes sortis du système scolaire depuis 0 à 5, G2 : de 5 à 10 ans, G3 de 10 à 15 ans, G4 : 15 à 20 ans.

de leur dernière année de scolarisation. Ces résultats empiriques sont appuyés par les données du tableau suivant.

Tableau N°5 : Répartition des jeunes selon le nombre d'année de scolarisation et leur capacité de lecture

Catégories ⁵	LISENT				
	couramment	difficilement	très difficilement	Pas du tout	Total
Gr 1	0	14	19	131	164
Gr 2	0	10	22	89	121
Gr 3	12	53	35	78	178
Gr 4	64	108	146	243	561
Total	76	185	222	541	1024

Source : Kanouté (2013)

Les données de ce tableau croisé montrent que les décrocheurs sont nombreux à quitter l'école après six ans de scolarisation. Ce qui correspond dans les normes à la fin de l'obligation scolaire dans beaucoup de pays (seize ans). Autrement dit, les jeunes enquêtés sont à 54,78 % sortis après de nombreuses années scolaires, sans que cela ne signifie forcément qu'ils aient atteint la fin du premier cycle fondamental. Le nombre d'année semble influencer le niveau de lecture atteint. Les jeunes ayant quitté l'école après deux ou trois ans, sont incapables de lire couramment en français.

Si nous considérons ces résultats comme la conséquence directe des difficultés que rencontrent les écoles fondamentales à installer des compétences de lecture de base dans les milieux ruraux, une autre étude, plus étendue couvrant tout le pays, a produit des résultats similaires, relevant ainsi le niveau d'alerte à propos de la qualité des apprentissages ainsi que de leur durabilité chez les jeunes décrocheurs.

La Banque mondiale (2007) a évalué les résultats de l'école malienne en comparaison avec d'autres pays de l'espace francophone. Il ressort de cette comparaison que le Mali rencontre des difficultés à donner aux jeunes scolaires un niveau de « littéracie » qui leur permet d'être durablement alphabétisés à l'âge adulte. La fréquence de rétention de l'alphabétisation diffère d'un pays à l'autre, mais la position du Mali comme l'indique ce tableau ci-dessous, est très peu enviable. En effet, il dispose du début comme

⁵ Gr 1 : 3 ans de scolarisation ; G2 : 4 ans de scolarisation, G3 : 5 ans de scolarisation, Gr 4 : 6 ans de scolarisation.

à la fin du plus faible score. Ce qui suppose que le taux de rétention du savoir lire de 50,9 % se trouve parmi les pays les moins performants.

Tableau N°6 % d'adultes (22-44) pouvant lire aisément selon la durée des études initiales

PAYS	Plus haute classe atteinte					
	0	2	3	4	5	6
Benin	0,3	4,0	12,8	34,2	64,6	86,6
Burkina Faso	0,5	3,7	10,0	24,5	48,6	73,3
RCI	6,5	22,4	35,5	48,1	67,4	79,2
Guinée	6,6	18,5	35,6	48,1	67,4	83,2
Mali	0,2	1,8	4,8	12,2	27,6	50,9
Niger	1,1	5,0	10,2	19,7	34,8	53,6
Sénégal	12,1	25,9	35,8	46,9	58,5	69,1
Togo	2,4	12,0	24,0	43,0	64,0	81,0

Source : Banque Mondiale, 2007 : p.119

Il semble que la rétention d'un niveau d'alphabétisation est tributaire de l'hétérogénéité des situations sociales dans lesquelles les individus évoluent. Des situations sociales plus favorables favorisent plus de rétention, en particulier les situations sociales qui sollicitent plus les acquisitions scolaires les renforcent tandis que celles qui les sollicitent moins participent à leur extinction.

Ces résultats s'accordent avec d'autres enquêtes effectuées sur le système scolaire (Diallo, Fomba, Kéita & Touré, CONFEMEN, 2004). En 2004, le taux d'accès en 6^e année s'établit en effet, à 43,1 %. La gestion des flux est également entachée d'un fort taux de redoublement, près de 19 % dans le premier cycle, 24 % dans le second cycle, et 29 % dans le secondaire (Banque mondiale, 2007). Les progrès en termes de couverture demeurent insuffisants, plus d'un quart des enfants maliens ne sont pas encore scolarisés, près de six sur dix n'atteignent pas la fin du premier cycle, la cohorte de sortants du premier cycle atteint 66 %, ce qui explique globalement une déperdition effective de sur chaque cohorte de près de près de 34 % des effectifs. Le taux d'achèvement devrait atteindre à peine 50 % en 2008, et 60 % en 2015. Ces projections constituent des avancées significatives mais elles demeurent insuffisantes dans la perspective de la scolarisation universelle (MEN : 2006). 75 % des élèves en fin de premier cycle ont un niveau d'acquisition faible au regard de l'objectif de scolarisation primaire universelle (MEN : 2006). La forme générale du profil de rétention suggère une forte déperdition au niveau du 1^{er} cycle puisque 25 % des nouveaux entrants actuels risquent de quitter le système avant la 6^e

année, cette tendance s'observe sur le 2^e cycle jusqu'à la fin de l'enseignement fondamental, plus de 50 % de la cohorte d'élèves risque d'abandonner (Banque mondiale, 2007 : 33).

Les politiques scolaires sont responsables de la constitution d'une classe de scolarisés analphabètes et de son extension. De nombreux enfants qui sont dans le système scolaire ou qui l'ont abandonné depuis peu, ne possèdent pas toujours un niveau de « littéracie », considérée comme une simple maîtrise de compétences de lecture et d'écriture. L'institution scolaire ne semble plus jouer en faveur de l'acquisition des compétences en littéracie. La maîtrise de la lecture, primordiale pour l'acquisition des connaissances tout au long de la vie, passe par la compréhension de tous types de message écrits nécessaires à l'adaptation sociale des jeunes.

Des longues scolarités sans interruption (de la 1^e année à la 9^e année) mais pauvres en apprentissage constructif et autonome, brutalement rompues par des échecs recèlent des risques de retour à l'analphabétisme. Et les enfants peuvent perdre leurs compétences sociales et culturelles dans un environnement scolaire pauvre. Or aucune statistique ne dénombre les sortants du système scolaire sans certification intégreraient la classe de néo analphabètes.

*
* *

L'école malienne a changé et continue de changer (Traoré, 2008). Elle est différente de ce qu'elle était, il y a vingt, trente ans, lorsque la génération des parents actuels la fréquentait. Hier, elle formait et éduquait, et ses produits étaient acceptés, ils s'intégraient plus facilement qu'aujourd'hui. Les politiques scolaires, elles aussi, ont évolué entre temps. Cette double évolution interroge les liens possibles qui les unissent ainsi que les correspondances difficiles qu'elles rencontrent.

L'analyse des politiques d'éducation affichées, déclarées et des options opérationnelles de leur mise en œuvre, apparaît comme un révélateur puissant pour la compréhension des crises et secousses qui traversent le secteur de l'éducation. En effet, les crises ouvertes et perceptibles apparaissent moins pernicieuses alors que les crises plus aphones, silencieuses voire cachées s'annoncent plus périlleuses. Les victimes des options politiques scolaires que l'on peut qualifier de « pis-aller », peu réalistes, peu compatibles au niveau de développement socio-économique, concernent des générations entières. Ces générations d'enfants et de jeunes voient leurs possibilités de participation sociales émiettées, réduites, leurs capacités peu explorées, leurs génies peu soutenus (Jondo, 2009). En outre, elles voient leurs efforts scolaires personnels et familiaux se transformer en

des perspectives d'avenir très incertaines. Les néo-analphabètes que les politiques scolaires de « *pis-aller* » ont façonnés constituent la face cachée de la course à l'universalisation de la scolarisation.

Les performances des systèmes éducatifs ne sont plus évaluées en termes de bénéfices directement ressentis par les populations pour lesquelles ils sont censés servir les intérêts, ils sont pensés et repensés en termes de conformité avec un ordre international profondément adossée à une idéologie impérialiste et universaliste (Charlier, 2005). Dépouillé d'un ancrage suffisamment national, les politiques publiques d'éducation sont devenues des décalques, des répliques pâles des prescriptions internationales.

Ainsi, comme le veut la communauté internationale, dans les prochaines années, très probablement tous les enfants maliens iront à l'école mais tous ne sauront ni lire et ni écrire à l'âge adulte. Le nouveau fossé entre pays développés et pays en développement ne sera pas posé en termes d'accès à l'école mais en termes de nombre néo analphabètes. Si les autorités publiques en charge du secteur de l'éducation en ont pris connaissance des dangers qui découlent du risque de l'extension du néo analphabétisme, elles sont très loin de comprendre les processus complexes dans lesquels il se produit et se développe.

Une conception normative de la scolarisation universelle, parfois en contradiction avec le relativisme culturel et à l'idée que le système éducatif se construit socialement de différentes manières selon la culture et le niveau de développement socioéconomique, continue à mettre sous tension les politiques nationales dans les pays les moins développés. Dans ces conditions, nous ne pouvons pas espérer le même niveau d'attention porté à la scolarisation universelle dans les pays en développement. En se concentrant sur les déclarations et conventions des Nations unies sur la scolarisation universelle, les discours politiques sur l'école échappent difficilement à la délation et la supercherie.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ABDOULAYE A. (2004). « Le droit à l'éducation : contenu et limites ou les limites du simple décret d'un droit à l'éducation ». Colloque international *Droit à l'éducation : quelle effectivité au Sud et au Nord* organisé par l'AFEC. Ouagadougou, Burkina Faso : 9-12 mars 2004.
- BANQUE MONDIALE (2007). *L'éducation au Mali. Diagnostic pour le renouvellement de la politique éducative en vue d'atteindre les objectifs du millénaire*. Washington : Banque Mondiale.
- BIANCHINI P. (2004). *Ecole et politique en Afrique noire : sociologie des crises et des réformes du système d'enseignement au Sénégal et au Burkina Faso 1960-2000*. Paris : Karthala.
- BOCOUM I. (2014). *Les déterminants de l'efficacité des établissements d'enseignement secondaire général : le cas des lycées du district Bamako (Mali)*. Thèse de doctorat en sciences de l'éducation, Université Cheikh Anta Diop.
- BORNE D. & FALAIZE B. (2009). *Religion et colonisation : Afrique-Asie Océanie-Amériques XVI^e-XX^e siècle*. Paris : Editions de l'Atelier.
- BOUCHE D. (1966). « Les écoles françaises au Soudan à l'époque de la conquête 1884-1900 ». *Cahiers d'études africaines* Année 1966/Vol 6/numéro 22/ p. 228-267 [en ligne] consulté le 21 juillet 2014 sur l'URL : www.persee.fr/doc/cea_0008-0055_1966_num_6_22_3066
- CAPELLE J. (1990). L'éducation en Afrique noire à la veille des Indépendances. Paris : Karthala.
- CHARLIER J.E. & PIERRARD J. F. (2001). « Systèmes d'enseignement décentralisés dans l'éducation sénégalaise, burkinafabe et malienne : une analyse des discours et des enjeux ». *Auterpart*, 1/2001, n° 17, p. 29-48, consulté le 24 octobre 2013 sur l'URL: www.cairn.info/revue-autrepart-2001-1-page-29.htm
- CHARLIER J. E. (2003). « L'influence des organisations internationales sur les politiques d'éducation » La douce violence de la « méthode ouverte de coordination et de ses équivalents ». *Education et sociétés*, 2003/2 n° 12, p. 5-11.
- CHARLIER J. E. (2005). « De quelques enjeux et effets de la mondialisation » *Education et sociétés*, 2005/2 n° 16, p. 17-22.
- CNE (Centre national de l'éducation) (2007). *Evaluation des acquis scolaire. Rapport de recherche*. Bamako : CNE.
- CNECE (Centre national des examens et concours de l'éducation) (2015) : *Statistiques nationales des résultats d'exams nationaux*. Rapport CNECE 2015.

- CONFEMEN. (1999). *Les facteurs d'efficacité dans l'enseignement primaire: les résultats du programme PASEC sur neuf pays d'Afrique et de l'Océan indien.* Dakar : CONFEMEN.
- CONFEMEN. (2004). *Enseignants contractuels et qualité de l'école fondamentale au Mali : quels enseignements ? Les résultats d'une étude thématique du Programme d'analyse des systèmes éducatifs de la CONFEMEN.* Dakar : CONFEMEN-PASEC.
- CPS (Cellule de planification statistique) (2015) *Annuaire des statistiques scolaires de l'enseignement fondamental de 2002-2013.*
- DENISE B. (1975). *L'enseignement dans les territoires français de l'Afrique occidentale de 1817 à 1920. Mission civilisatrice ou formation d'une élite ?* Paris : Champion
- DESALMAND P. (1983). *L'histoire de l'éducation en Côte d'Ivoire. 1. Des origines à la Conférence de Brazzaville.* Abidjan, Editions CEDA.
- DIAKITE D. (2000). « La crise scolaire au Mali » in Nordic Journal of African Studies 9 (3) : 6-28,
- DIALLO, K. ; FOMBA, C.O. ; KEITA, S. & TOURE, A. (2003). *Qualité de l'éducation de base au Mali: une bibliographie annotée de 1992-2002.* Bamako : ROCARE.
- DIARRA S.O., DIAKITE Y., KONATE M. K. & LANGE M.F. (2001). « Le Mali : politiques éducatives et système éducatif actuel » In Marc PILON & Yacouba YARA (dir.). *La demande d'éducation en Afrique : état des connaissances et perspectives de recherche.* P. 151-169.
- DOUGNON D. (2008). « Ecole et décentralisation : le cas du Mali ». *Cahiers de recherche de l'IPE.* Paris : INPE/UNESCO.
- DOUMBIA T. (avec la collaboration de Erny P) (2001). *Groupes d'âge et éducation chez les malinkés du Sud du Mali.* Paris : L'Harmattan
- GASSE S. (2008). *L'éducation non formelle : quel avenir ? Regard sur le Mali.* Thèse de doctorat de sciences de l'éducation. Université de Rouen.
- GERARD E. (1989). *L'échec du système scolaire au Mali : le fruit de politiques nationales inadaptées à des réalités locales.* Paris : ORSTOM
- GERARD E. (1993). « Le développement des medersas au Mali. Le Signe d'une réorientation de la demande scolaire ». *Education, changements démographiques et développement.* Actes Colloques et Séminaires, ORSTOM.
- HARDY G. (1917). *Une conquête morale : l'enseignement en AOF.* Paris: Armand Colin.
- JONDOT F., 2009, « Le piège de l'école malienne : apprendre pour rien ? », dans *Le Républicain* du 27 juillet 2009
<http://www.bamanet.net/index.php/actualite/republicain/4447-le-piege-de-lecole-malienne--apprendre-pour-rien-.html>

- KAMARA M. (2007). *Education et conquête coloniale en Afrique francophone*. [En ligne] consulté le 24 septembre 2012 sur : journal.afroeuropa.eu/index.phpafroeuropa/.../viewPDFInterstitial/...
- KANOUTE A. (2013). *Déscolarisation et retour à l'analphabétisme dans la Commune Tomora*. Mémoire de maîtrise en sciences de l'éducation, FESHE. Université des lettres et sciences humaines de Bamako (ULSHB)
- LANGE M. F. (2000). « Naissance de l'école en Afrique subsaharienne » In « Education et société », *Revue du Groupe de recherche pour l'éducation et la prospective*, n° 165, mars, p. 51-59.
- LANGE M.F. & Diarra S.O. (1999). « Ecole et démocratie : « l'explosion » scolaire sous la 3^e république au Mali » *Politique africaine*, n° 76, décembre, p. 164-172.
- LANGE M.F. (1987). « Le refus de l'école : pouvoir d'une société civile bloquée ? *Politique africaine*, 1987, n° 27, p. 74-86.
- LANGE M.F. (2003). « Vers de nouvelles recherches en éducation » *Cahiers d'études africaines*, 2003/1 n° 169-170, p. 7-17.
- LANGE M.F. (2006). « Ecole et mondialisation », *Cahiers d'études africaines* XLIII (1-2) 169-170, 2003, p. 143-166. [En ligne], 169-170/2003, consulté le 20 juin 2013 sur URL : <http://etudesafricaine.revues.org/194>
- MEN (1989). *Etats généraux de l'éducation*. Bamako.
- MEN (1991). *Statistiques scolaires*, Direction nationale de la planification et de l'équipement scolaire, Bamako
- MEN (2006). *Lettre de politique éducative*. Bamako : MEN.
- MEN (Ministère de l'Education nationale du Mali) (2000). *Programme Décennal de Développement de l'Education : Les grandes orientations de la politique éducative*. Bamako : MEN.
- MEN (Ministère de l'Education nationale du Mali) (2003). *Résultats du forum national sur la gestion de l'école en mode décentralisé*. Bamako, 18-19 février, Rapport final.
- MEN (Ministère de l'Education nationale du Mali) (2006). *Eléments de diagnostic du système éducatif malien : Le besoin d'une politique éducative nouvelle pour l'atteinte des objectifs du millénaire et la réduction de la pauvreté*. Rapport final. Bamako : MEN.
- MICHAELOWA, K. (2000). *Dépenses d'éducation, qualité de l'éducation et pauvreté. L'exemple de cinq pays d'Afrique francophone*. Document de travail. OCDE.
- MINGAT, A. & SUCHAUT, B. (2000). *Les systèmes éducatifs africains : une analyse économique comparative*. Bruxelles : De Boeck Université.
- MINGAT, A. (2003). *Eléments analytiques et factuels pour une politique de la qualité dans le primaire en Afrique subsaharienne dans le contexte de l'Education Pour Tous*. Biennale de l'ADEA 2003 (Grand Baie, Maurice, 3-6 décembre 2003).

- Ministère de l'Education nationale du Mali (2009). *Etude sur la gestion des flux des élèves dans le système éducatif malien*. Bamako : MEN/Cide.
- ONU (1948). Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée et proclamée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.
- OUA (1990). *Charte africaine des droits et du bien être de l'enfant*. Adoptée par la 25^e conférence des chefs d'Etats et de gouvernement de l'OUA. Addis-Abeba (Ethiopie). Juillet 1990.
- OUA (1990). *Déclaration d'engagement de Durban*. Adoptée par la 26^{eme} conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA, Addis-Abeba (Ethiopie). Juillet 1990.
- Pôle de Dakar (2009). « La scolarisation primaire universelle en Afrique : le défi enseignant ». In *Pôle MAG*, n° 14, (p. 4-6). Dakar : UNESCO/BREDA. [En ligne] http://www.poledakar.org/IMG/pdf/Pole_Mag_14FR.pdf (page consultée le 21 janvier 2012).
- République du Mali (2004). *Education de qualité pour tous les jeunes : défis, tendances et priorités*. Rapport du Mali. Présentée lors de la 47^e session de la Conférence internationale de l'éducation. Genève, 8-11 septembre 2004.
- République du Mali (2008). *Rapport général du Forum national sur l'Education du 30, 31 octobre et 1^{er} et 2^e novembre 2008*.
- SHORTER A. (2011). *Les Pères Blancs au temps de la conquête coloniale. Histoire des Missionnaires d'Afrique 1892-1914*. Paris: Karthala.
- TRAORE A.S (2008). *L'école malienne Hier... ! et aujourd'hui ?* Bamako : La Ruche à livre.
- TRAORE I. S. (2011). *Ecole et décentralisation au Mali : des logiques d'appropriation locales aux dynamiques de conquête de l'espace scolaire*. Paris : L'Harmattan.
- TRAORE I. S. (2014). « La corruption dans les universités de Bamako, une culpabilité différentielle et une responsabilité partagée ». In 8^e Symposium malien sur les sciences appliquées (MSAS) : réseaux du savoir au profit du développement. *Actes de la Conférence* p. 270-279. Accessible en ligne <http://www.msas.maliwatch.org/msas2014>
- UNESCO (1990). L'éducation pour Tous : conférence mondiale sur l'EPT. Jomtien (Thaïlande).
- UNESCO (1993). *Rapport mondial sur l'éducation 1993. Combler le déficit de connaissance. Elargir les choix éducatifs. Définir des normes de niveau*. Paris : UNESCO.
- UNESCO (2000). *Cadre d'action de Dakar EPT : tenir nos engagements collectifs*. Texte adopté lors du forum mondial sur l'éducation, Dakar, (SENEGAL), 26-28 avril 2000. UNESCO.

- UNESCO (2004). *Rapport mondial de suivi de l'EPT 2005 : l'exigence de qualité.* Paris : UNESCO.
- WEYER F. (2011). *Education et insertion professionnelle au Mali. Jeu des trajectoires, enjeu familial et inégalité.* Paris : Karthala.

L'EMERGENCE ET LE DEVELOPPEMENT D'UN « COMPLEXE CONFLICTUEL REGIONAL » AU SAHEL

**Kadidiatou Gazibo,
politologue, enseignant-chercheur
Université de Tahoua, Niger
département de droit, économie et gestion (FADEG)**

Depuis l'avènement de ce que d'aucuns ont qualifié de « village planétaire », les espaces national et frontalier semblent se chevaucher aux vues des effets produits par les insécurités globales qui menacent jusqu'à l'existence de certains États voire des régions. En effet des régions comme le Sahel, constitué essentiellement d'États fragiles n'ayant ni la maîtrise de leurs territoires ni celle de leurs frontières, sont soumis aux activités illicites de groupes armés terroristes qui tentent de se poser en maîtres du territoire. La fragilité du Sahel n'est pas nouvelle, celui-ci a toujours été un territoire oscillant entre pauvreté et catastrophes naturelles. S'il y a toujours eu des insécurités intra et transfrontalières, celles-ci se limitaient auparavant aux petits trafics de contrebande, à la pauvreté, aux crises alimentaires endémiques etc. Celles-ci ne constituaient pas une menace pour la paix et la sécurité internationales aux vues des dispositions de la charte des Nations unies. Aujourd'hui, la globalisation en abolissant les frontières, à faciliter la création de zones grises dans lesquelles prolifèrent de trafics de tout genre : drogue, arme, terrorisme au point d'être une menace pour la paix et la sécurité internationale.

Le Sahel dans sa délimitation stricte, est formé de cinq pays parmi les plus pauvres du monde. Il s'agit de l'espace allant de la Mauritanie au Soudan en passant par le Mali, le Niger et le Tchad¹. Mais dans la mesure où les menaces et les insécurités sont globales et transnationales, la nouvelle géopolitique du Sahel prend de plus en plus en compte les espaces voisins, tels les pays du Maghreb (Libye, Algérie et même Maroc) et ceux du Sud Nigéria, Tchad, Burkina Faso². La particularité de la région est d'être à la fois une étendue immense constituée d'États instables, aux frontières

¹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/d000540-le-sahel-un-enjeu-international/le-sahel-sur-la-carte-du-monde>.

² Y. LACOSTE, « Sahara, perspectives et illusions géopolitiques » in *Hérodote*, 142 (3), 2011, p. 12-41. http://eeas.europa.eu/index_fr.htm

perméables et en manque de légitimité et de moyens leur permettant de maîtriser les mouvements des personnes et des biens mais aussi un espace de sens. Le constat général est que la région reste une poudrière et que les insécurités se multiplient et se globalisent au point de constituer un complexe conflictuel.

Le Niger et le Mali font face depuis les années 1990 à des rébellions armés (présence de plusieurs mouvements et groupes violents au Mali : MNLA, AQMI, Ançar Eddine, MUJAO, et récemment, le Mouvement pour la libération du Macina (MLM)), partagent avec le Burkina Faso les mêmes difficultés d'implantation de la démocratie, le Nigeria malgré des élections régulières fait face au développement et aux attaques du mouvement terroriste Boko Haram, dont les activités criminelles s'externalisent et touchent les pays frontaliers (Niger, Tchad et Cameroun), alors que la situation des autres pays voisins ne sont guère reluisante. La guerre en Libye n'a pas fini de produire tous ses effets, tandis que ce qu'on a qualifié de printemps arabes n'a pas véritablement eu raison des régimes militaires au Maghreb. La Libye reste ensuée dans une guerre tribale avec son lot quotidien de morts tandis que l'Algérie et ses voisins du Sud demeurent des terreaux fertiles pour le terrorisme et un djihadisme virulent. Par ailleurs, le renversement par la force et la mort de Mouammar Kadhafi et le conflit interne armé, ont été les prémisses de la déstabilisation du Nord Mali (avec le retour des combattants touareg armés)³ et dans une moindre mesure de menace pour toute la région.

Il est donc légitime de se poser la question du comment appréhender les différentes menaces à la paix et à la sécurité internationales dans le Sahel ? Quels sont les facteurs sous-jacents de cette menace ? Pourquoi faut-il considérer ces menaces à la paix et à la sécurité internationales comme globales et interconnectées aussi bien dans l'analyse que dans la recherche de solution ?

Plusieurs aspects permettent de formuler une hypothèse tendant à considérer la région du Sahel comme un ensemble d'États interdépendants au plan sécuritaire dans la mesure où d'une part, les insécurités sont rarement circonscrites à un État mais ont tendance à s'externaliser pour toucher les États voisins et d'autre part, le Sahel en tant que vaste espace perméable difficilement contrôlable constitue un enjeu et un refuge pour les terroristes et les groupes armés. C'est la raison pour laquelle une approche multidimensionnelle proposée par les constructivistes, en dépassant les approches réalistes et statocentriques qui réduisent les menaces à la paix et à la sécurité internationales à l'aspect militaire permet d'ouvrir le champ de la

³ « Stabilité politique et sécurité en Afrique de l'Ouest et du Nord ». Rapport du Service canadien de renseignement de sécurité. Disponible sur www.scrs-csis.gc.ca

sécurité à de paradigmes comme la démocratie, le droit de l'Homme, le trafic d'armes, de drogue ou le terrorisme. L'intérêt de cette approche holistique des théories constructivistes est d'aborder la sécurité sous tous les angles, en évitant de compartimenter les différents secteurs de la sécurité et en montrant comment ils sont reliés les uns aux autres au point de former une solide toile⁴. Elle objecte que la sécurité n'est plus simplement militaire, elle est devenue économique, politique, sociale et même environnementale. Les mutations internationales récentes (globalisation des insécurités), en produisant leurs effets au Sahel permettent d'établir l'existence d'une menace existentielle pesant sur la survie du Sahel et de saisir les interdépendances entre les différentes situations de sécurité ou d'insécurité dans la région au point de constituer un seul bloc. Ainsi, de multiples facteurs internes, externes et internationaux participent aux insécurités globalisées dans la région du Sahel. Ces aspects peuvent être résumés autour des points suivants : l'aspect interne initial de l'insécurité, qui dans un espace non maîtrisé, se développent par effet *spill over* pour toucher d'autres espaces au départ non concernés au point de constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales.

Appréhender les insécurités au Sahel impose de ce fait une vision d'ensemble, allant des facteurs internes ou locaux (**I**) aux aspects liés à l'environnement international (**III**) en passant par une mutation transnationale des insécurités régionales (**II**).

I - Les facteurs internes aux États de la région du Sahel

Les nouveaux évènements dans le Sahel peuvent être résumés en ces termes : *conflits à répétition cyclique, terrorisme, crime organisé et djihadisme* qui s'expliquent en partie par la mauvaise gouvernance, la faiblesse des Etats du Sahel, la perméabilité des frontières et l'absence de perspectives pour les communautés en belligérance contre l'Etat. Une approche sociopolitique et économique des États du Sahel et des alentours décline au plan interne des territoires politiquement instables, économiquement faibles et socialement et culturellement en panne d'identité nationale.

Il existe un grand nombre de variables endogènes qui participent à la fragilité des États créant en même temps au sein des États et aux frontières des terreaux fertiles au développement des activités criminelles qu'il s'agisse du simple banditisme, des trafics d'armes et de drogue ou du terrorisme. De nombreuses recherches ont démontré comment les interdépendances sécuritaires intenses aux seins d'une même région du fait des interactions

⁴ Barry BUZAN, *People, States and Fear, an agenda for international security studies in the post-cold war era*. New York: Harvester Wheatsheaf, p. 20.

entre différentes sources de tensions ou d'insécurités initialement isolées, mais dont les infiltrations d'acteurs externes et internationaux, et les ramifications transnationales régionales liées au territoire, à l'économie ou au politique vont les transformer en complexes conflictuels régionaux⁵. L'incapacité des autorités nationales à créer les conditions d'une paix sociale durable à l'interne et à sécuriser les populations et leurs biens aux frontières, a contribué à l'expansion des problèmes d'insécurités liés aux trafics illicites et à la recrudescence des activités des mouvements armés et groupes terroristes au Sahel.

Les dysfonctionnements liés à la crise de « l'État importé »⁶ et « du pouvoir politique, longtemps illégal et souvent illégitime »⁷ créent des espaces de non droit dans lesquels la débrouillardise devient la norme. Dans ces conditions les populations pour leur survie participent ou subissent de plein fouet les menaces faites à leur environnement par les criminels de tout bord. La compréhension et la prise en compte du « manque » ou de « l'absence » de l'État comme élément favorisant la naissance ou la multiplication des menaces transnationales à la paix et à la sécurité internationales permettent de dépasser les théories réalistes de la paix et de la sécurité en ouvrant le champ aux analyses prenant en compte les dynamiques sociales et politiques. Les insécurités ne sont plus synonymes des menaces militaires pesant sur l'État mais comme un tout mettant en avant la sécurité des populations et de leurs biens.

Les problèmes de sécurité se déclinent ainsi sous diverses formes, ethnoculturels, politiques, militaires, économiques, et révèlent d'une part, le succès de la diffusion de la criminalisation de l'État et d'autre part, son incapacité à assurer l'ordre, la paix et la sécurité nationale⁸. Dans cette situation sociopolitique d'une « pénétration mafieuse ou criminelle de l'État »⁹, sa qualification « d'État kleptocrate ou d'État malfaiteur »¹⁰ qui relie la position sociale à l'accès à l'État, il découle que le conflit soit envisagé pour ceux qui sont restés en dehors du cercle du pouvoir, comme la

⁵ Rubin BARNETT, Andréa AMSTRONG, Gloria NTEGEYE, *Regional Conflict Formation in the Great Lakes Region of Africa: Structure, Dynamics and Challenges for Policy*. New York : Center on International Cooperation, 2001.

⁶ Bertrand BADIE, *L'État importé*. Paris : Fayard, 1992.

⁷ Achille M'BEMBE, *Afriques indociles : Christianisme, pouvoir et État en société postcoloniale*. Paris : Karthala, 1986, p. 52.

⁸ Hassan-Yari HOUCHEANG et Albelkader OUSMAN, *Régionalisme et sécurité internationale*. Bruxelles : Bruylants, 2009, p. 99.

⁹ Jean-François BAYARD, Stephen ELLIS et Béatrice HIBOU (dir.), *La Criminalisation de l'État en Afrique*. Bruxelles : Complexe, 1997.

¹⁰ Voir à ce propos, Jean-François BAYART, Stephan ELLIS et Béatrice HIBOU, « De l'État kleptocrate à l'État malfaiteur ». In Jean-François BAYART, Stephan ELLIS et Béatrice HIBOU, *op. cit.*

seule alternative pour contrôler à leur tour les diverses rentes liées à l'accès à l'État. Deux paradigmes permettent de saisir ce qui se passe en réalité sur le terrain de l'insécurité au Sahel : la faillite de l'État et l'absence d'un sentiment national fort.

La fragilité institutionnelle et économique des États

Pourquoi et comment lier la fragilité de l'État aux problèmes de paix et de sécurité au Sahel? Quelle peut-être la responsabilité des États dans les insécurités constatées ?

Une des questions les plus traitées dans le cadre de la problématique de la paix et de la sécurité en Afrique est celle de la légitimité ou non des élites politiques, et leurs rapports responsabilités dans la survenance ou le développement des insécurités. Ce qui renvoie aux nombreuses théories développées sur la responsabilité des régimes souvent considérés comme illégaux ou illégitimes dans le déclenchement de la violence interne, alors que les contextes de démocratisation au contraire devaient conduire à la mise en place de nouvelles méthodes de gouvernance dont la légitimité serait sortie des urnes. Il s'agit de constater comment la légitimité politique, interne et externe des États est-elle constitutive d'une problématique importante dans la perception des menaces à la paix et à la sécurité dans la région du Sahel. Celle-ci demeure d'actualité plus de cinquante ans après les indépendances, car dans la région, de nombreuses insécurités (crises politiques, terrorisme et trafics d'armes et de drogue) ont découlé du contournement, voire de la remise en cause des institutions en place et avaient eu dans certains cas des débordements sur les autres États. A titre illustratif, on peut évoquer la guerre en Libye, qui a eu les conséquences que l'on connaît sur le Mali, le développement des activités criminelles de groupes armés terroristes tels Boko Haram sur tous les pays de la région : Nigeria, Niger, Tchad et Cameroun, et AQMI qui a trouvé refuge au Nord du Mali.

Une grande littérature lie ainsi les conflits et les insécurités à la crise de l'État et des pouvoirs en place. Le paradigme de la crise de l'État, fait ressortir l'idée que, dans la mesure où celui-ci a failli à toutes ses missions, il est devenu le principal facteur de trouble de par sa violence et l'armée est devenue l'instrument d'exercice de cette violence¹¹. En effet l'État, incapable d'assurer les fonctions régaliennes qui lui incombent, ou de garantir la sécurité de ses citoyens et sa propre sécurité, affaibli partout dans ses

¹¹ « Lorsque l'on prend un appui empirique sur la plupart des conflits internes aux États africains des années 1990, on constate que les mouvements armés sont progressivement devenus des acteurs conventionnels de la vie politique suite à la contestation du monopole étatique de la violence physique » in Mamoudou GAZIBO et Céline THIRIOT (dir.) *Le politique en Afrique, État des théories et piste de recherche*. Paris : Karthala, 2009, p. 322 -323.

performances¹², entièrement discrédité, est remis en cause dans sa nature de produit importé donc illégal¹³ d'où les confrontations qu'il subit à la fois à l'intérieur par ses citoyens et depuis quelques années à ses frontières par des groupes armés étrangers. La faillite de l'État et la déliquescence de ses règles et institutions sont mis en avant pour expliquer les menaces à la paix et à la sécurité observée au Sahel. Jugé illégitime et illégal, n'ayant plus la maîtrise de son territoire et de sa souveraineté¹⁴, ne disposant plus du monopole de la force légitime, se créent, ici et là des sites de contestations de l'État¹⁵, qui produisent des externalités au point de créer un complexe régional d'insécurité. De plus en plus, la multiplication et la mobilité des mouvements armés et autres menaces, qui ne veulent plus ou ne peuvent plus s'incarner dans une allégeance unique envers l'État, se saisissent des espaces hors souveraineté, le plus souvent à cheval sur plusieurs États pour en faire leurs bases arrières et leurs lieux d'entraînement aux combats.

Les théories du « failed State » et du « collapsing state », sur les modes divers et multiples de la carence de L'État dans les pays du Tiers-Monde, où l'universalisation du modèle occidental peine à s'implanter, incriminent souvent, la greffe artificielle de l'État occidental, dans un environnement inadéquat, dont les processus de socialisation politique sont restés très éloignés du modèle de référence. La construction d'un État moderne suppose des décisions et des institutions, capables de réduire les tendances périphériques de la société afin de faire surgir et conforter une conscience nationale, par l'émergence et la consolidation d'un centre politique qui monopolise nécessairement les ressources physiques et symboliques. Or, dans le Sahel, l'alternance des régimes civils et militaires sans réelle légitimité, la régularité des coups d'État et push militaires, la marginalisation des institutions de type parlementaire, la faiblesse voire les dysfonctionnements croissants des appareils administratifs eu égard à leurs missions explicites, manifestent les soubresauts d'une histoire mouvementée qui se traduit par des insécurités globalisées.

Par ailleurs, cette fragilité institutionnelle est aggravée par l'absence d'un développement économique réel malgré la présence de ressources énergétiques et minières dans la région. Le Niger est par exemple le quatrième producteur mondial d'uranium fournissant 8,7 % de la production mondiale tandis que la Mauritanie est riche en minerais de fer couvrant 12 % des besoins européens. Un rapport de l'Union européenne établit que la

¹² Bertrand BADIE et M.CI. SMOUTS, *Le retour du monde, Sociologie de la scène internationale*. Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1999 p. 74.

¹³ Bertrand BADIE et M.CI. SMOUTS, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ Philippe MARCHEZIN, *Les nouvelles menaces : Les relations Nord-Sud des années 1980 à nos jours*. Paris : Karthala, 2001, p. 116.

¹⁵ Philippe MARCHEZIN, *op. cit.*, p. 116.

région dispose d'un formidable potentiel d'approvisionnement en sources d'énergie et en minerais¹⁶, alors que la fragilité des structures étatiques et le sous-développement ont facilité l'avènement de zones grises dans lesquelles règnent des groupes terroristes, des réseaux de trafiquants de drogue, d'armes qui menacent d'embrascer la région. Historiquement, le Sahel est une région liée à de graves sécheresses où les famines successives avaient fait de nombreuses victimes. Plus récemment en 2005, 2008, 2010, 2012 les crises alimentaires n'ont eu de cesse de sévir dans la région, au point que la représentante spéciale de l'ONU pour le Sahel estimait à 200 millions le nombre de personnes touchées par la famine. Dans des telles situations, la géopolitique interne des États se traduit par un paradoxe simple, un centre concentrant les sphères du pouvoir et les richesses et une périphérie vivant à la marge de l'État et de ses institutions. Cela affecte les capacités des États à assurer une réelle autorité sur des pans entiers de leurs territoires. Ce sont à la fois la remise en cause de l'autorité de l'État dans certaines régions du territoire et son incapacité à exercer ses fonctions régaliennes sur l'ensemble dudit territoire qui expliquent la création de proches d'insécurités allant du simple escapisme envers l'État aux menaces extrêmes que sont le terrorisme et les trafics d'armes et de drogue.

L'absence d'une identité nationale forte

Depuis quelques décennies, la scène sécuritaire du Sahel semble se focaliser sur les conflits identitaires, pas forcément nouveaux, mais qui, du fait de leur permanence et de la violence par laquelle ils s'expriment, ont complètement compliqué les projets d'unification autour d'un projet commun dans les différents États de la région. Comment comprendre et expliquer cette poussée des particularismes, dans un monde qui entend désormais abolir les différences ? Pourquoi, la « contradiction fondamentale entre la répartition des groupes ethniques et le système des frontières artificielles »¹⁷ héritées de la colonisation, continue de connaître des développements sanglants ?

En Afrique où nombre d'analyses « pointent du doigt » la faiblesse des identités citoyennes en comparaison aux allégeances primordiales « comme la religion, le lieu de naissance, l'origine des ancêtres, le clan, la famille élargie, la région, la langue, la race »¹⁸), les questions de sécurité ou d'insécurité ne sont plus appréhendées de façon stratégique. Dans des

¹⁶ Union européenne. *Une stratégie cohérente de l'UE pour le sahel*. Rapport de la direction générale des politiques externes pour l'Union, 2012.

¹⁷ Pascal LAROT et François THUAL, *La Géopolitique*. Paris : Montchrestien, 2002, p. 146.

¹⁸ Daniel BACH et Luc SINDJOUN, « Ordre et désordre en Afrique ». In *Revue Camerounaise de Science Politique*, 1997, vol. 4, n° 2, p. 3.

« nations à polarisation variable »¹⁹, les dynamiques régionales des conflits, leur interconnexion, les stratégies et actions développées par les acteurs infranationaux ont montré des modalités de fonctionnement différentes des guerres classiques. Les États du Sahel sont traversés par des dissensions d'ordre interne et transnational qui sont une remise en cause des tentatives de construction de leur identité nationale. En égard à la multiplicité des registres identitaires qui façonnent et travaillent la cohésion nationale, les entraves à l'émergence d'une véritable identité collective et d'allégeance nationale sont grandes.

Les conflits ethniques et identitaires, différents des conflits nationaux ou nationalistes de type classique, sont le fait de groupes ethniques, religieux ou tribaux qui, se sentant à tort ou à raison menacés de disparition (soit sur le plan physique soit sur le plan politique et même symbolique) par la domination exclusive des autres groupes sociaux composant leurs États, trouvent dans la violence, le moyen de mettre fin à cette menace. La poussée ethnique ou identitaire n'est pas le simple fait de cette région. La démocratie libérale ne s'est pas imposée partout sans violence. A l'Est de l'Europe, « si certains de ces conflits concernent la fixation des frontières entre les États issus de la dévolution de l'URSS, de la Yougoslavie ou de la Tchécoslovaquie, d'autres prennent une forme particulière, ce sont des conflits identitaires »²⁰. Ainsi, les revendications ethniques, identitaires... sont au cœur de la restructuration des relations internationales. Mais si ces questions sont d'actualité dans presque toutes les régions du monde, l'espace sahélo-saharien reste une des régions dont les risques d'implosion sont les plus élevés. En effet, tous les États membres sont multiethniques, multiculturels, tribaux...et on pourrait presque affirmer qu'aucun pays de la région n'a réussi le pari de son unification nationale des années postindépendances. Des guerres civiles opposant les principales communautés ethniques, religieuses ont éclaté ici et là, non seulement pour le partage du pouvoir politique, mais aussi, pour ce que Pascal Lorot et François Thual appellent « une revanche identitaire ».

Le conflit cyclique au Nigeria par exemple entre musulmans, chrétiens et animistes est multiforme explique les difficultés à résoudre tous les problèmes car sans « cohésion nationale aucun pays n'a de force »²¹. S'il est légitime de se concentrer sur l'aspect ethnique des conflits dans la région, on

¹⁹ Guy NICOLAS, « Les nations à polarisation variable et leur État ». In Emmanuel TERRAY, (dir.). *L'État contemporain en Afrique*. Paris : L'Harmattan, 1987.

²⁰ Pascal LAROT et François THUAL, op. cit., p. 125.

²¹ Pascale BONIFACE, *Les relations internationales de 1945 à nos jours*. Paris : Dalloz, 2005. p. 50.

ne devrait pas négliger le rôle des élites gouvernementales²² qui encouragent les différends identitaires, dans le but du diviser pour mieux régner.

Pour mieux comprendre ce qui se joue, dans le réveil des identités et autres particularismes, il faut d'une part, comment ces identités sont construites et mêmes inventées et d'autre part aborder, les raisons du réveil des particularismes, sous l'angle de leur affirmation.

L'analyse réaliste de l'état d'anarchie, fait que chaque groupe lutte pour sa propre survie, aux dépends des autres s'il le faut, tant qu'il n'y a pas d'autorité supérieure, l'État dans ce cas, pour jouer les arbitres entre les différents groupes. Celui-ci n'arrive plus à jouer (s'il ne l'a jamais fait) son rôle de médiateur, pire il est souvent à la base de l'appel à la fibre ethnique ou religieuse (et non plus patriotique des années postindépendances). Il ne parvient plus à détenir et conserver le monopole de l'usage de la force légitime, des groupes violents contestent ce monopole voire imposent leurs propres modes de régulation. Les milices d'autodéfense, les mouvements armés, les trafiquants d'armes et de drogue parviennent à disposer de pans du territoire national et/ou transnational sur lesquels ils revendiquent leur autorité concurrençant par là l'État dans l'exercice du monopole de la contrainte physique légitime. La politisation de l'appartenance ethnique²³, religieuse et tribale, est devenue dès lors, le principal dispositif de légitimation des pouvoirs politiques. Or, selon la thèse constructiviste, l'ethnicité, les identités et la religion ne sont pas porteuses de conflit en soi. Ce sont souvent les élites politiques qui puisent allègrement dans ces registres s'ils ne procèdent à leur création tel les Bété en Côte d'Ivoire²⁴.

L'identitaire est souvent une création des élites politiques, d'abord occidentales et ensuite locales, qui en procédant en fonction de leurs propres intérêts déforment et inventent des aspects de la culture sur laquelle elles vont se baser, afin de préserver leur existence et leur bien-être et/ou pour gagner des avantages politiques et économiques pour mieux se positionner²⁵. La diversité tribale et ethnique des États postcoloniaux a servi d'argument pour refuser le pluralisme politique, sous prétexte que celui-ci ne serait que l'expression de celle-là, et par conséquent un obstacle à la construction nationale, le culte de l'État-nation quant à lui a servi à légitimer naturellement pouvoirs personnels et dictatures oligarchiques²⁶. Ce qui n'a

²² Houchang HASSAN-HARI et Albelkader OUSMAN (dir.) *Régionalisme et sécurité internationale*. Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 99.

²³ Houchang HASSAN-HARI, Albelkader OUSMAN (dir.) op. cit., p. 109.

²⁴ Jean-Loup AMSELLE et Erica M'BOKOLO, *Au cœur de l'ethnie : ethnies, tribalismes et État en Afrique*. Paris : La découverte, 1999.

²⁵ R. GANGULY, R. TARAS, *Understanding Ethnic conflict, The international Dimension*. New York: Longman, 1998, p.8.

²⁶ Jean-Loup AMSELLE et Erica M'BOKOLO, *op. cit.*

pourtant pas empêché la manipulation des identités à laquelle on a assisté depuis que le champ politique est ouvert à la compétition dans le cadre de l'ouverture démocratique.

II - L'environnement externe frontalier

Les insécurités ont des ressorts pluriels et complexes, peuvent être historiques, géographiques, ethnoculturelles et politiques, reposant sur un ensemble d'activités criminelles et illégales dont les trafics d'armes, de drogue et le terrorisme sont les visages actuels dans le Sahel. Initialement assimilée à une économie de contrebande et une alternative au déficit de l'État, ayant des effets sur l'emploi, l'accès à prix avantageux aux carburants et produits alimentaires, aux migrations notamment vers le Maghreb et l'Europe, les opportunités transfrontières se déclinent aujourd'hui en termes d'activités criminelles transnationales. Certes, les frontières d'une manière générale ont toujours été considérées comme des espaces d'opportunités socioéconomiques et culturelles pour les populations, créant une dynamique d'économie transfrontalière qui leur permettait de faire face à l'absence et au déficit des politiques publiques. Mais depuis deux décennies, les différentes insécurités viennent déstructurer et remettre en cause cette économie en affectant sur les plans physiques et économiques des milliers de personnes. S'il est évident que l'insécurité prospère grâce à des dynamiques régionales et que ses acteurs bénéficient des réseaux transfrontaliers, les réponses des Etats ont plutôt été essentiellement centrées au niveau national et ont privilégié la répression militaire.

La difficulté reste que la majorité des Etats du Sahel ne contrôle pas des pans entiers de leur territoire, et les conflits et les crises sociopolitiques qui les traversent produisent des externalités susceptibles de constituer une menace pour les autres et pour le Sahel. C'est parce que Le Mali n'avait pas la maîtrise de sa frontière qu'au lendemain de la guerre en Libye, le retour des Touaregs maliens dans leur pays avec armes et bagages et l'explosion de diverses formes de trafics aux frontières (drogue, armes, personnes et pétrole) ont constitué des réelles sources d'insécurité et conduit à la guerre au Nord du Mali. La porosité de ses frontières avec une Libye déstabilisée et émiettée par la présence de plusieurs clans, groupes terroristes et bandits armés disséminés, et un Mali occupé par des intégristes, disputé par la rébellion touarègue et investi de trafics criminels de tous genres est un élément déterminant dans la survenance de la crise malienne.

Les frontières du Niger et du Tchad avec le Nigeria sont également menacées du fait des actions terroristes menées par Boko Haram et de la difficulté pour ces pays à assurer la sécurité locale pour protéger les populations et leurs biens. Le Niger qui partage une longue frontière de 1 500

km avec le Nigeria peine à la sécuriser et subit les attaques régulières de Boko Haram comme le Tchad. Un grand nombre de villages dans la région de Diffa a fait l'objet d'attaques meurtrières, des milliers de personnes ont été forcés de se replier sur les villes environnantes notamment Zinder. Il est ainsi évident que dans la mesure où les insécurités et les conflits, initialement internes aux États (Libye, Nigeria) ont tendance à s'exporter hors des frontières, il existe un risque réel de déstabilisation du Sahel du fait des tendances transfrontières des nouvelles menaces : terrorisme, trafics d'armes et de drogue, extrémisme etc. Deux éléments sont importants pour saisir la réalité de l'environnement régional. D'une part les États n'ont pas la maîtrise de leurs territoires et d'autre part, les nouvelles menaces sont transnationales et rarement circonscrites à un espace étatique.

La non maîtrise des États de leurs territoires

La question des frontières a toujours travaillé les relations internationales africaines. Les problématiques frontalieres étaient essentiellement liées aux relations inter étatiques. La crainte était que les États ne remettent en cause les frontières héritées de la colonisation dont les tracés sont souvent mis en avant par les États pour soutenir leurs revendications et velléités par rapport à telle ou telle portion des frontières. Et des conflits aux frontières entre États il y'en a eu : Burkina Faso-Mali par exemple. Si cette conflictualité interétatique avait dominé les relations entre États au Sahel, aujourd'hui celle-ci est essentiellement d'ordre interne et transfrontalier. Cela résulte dans une large part de la non maîtrise des frontières par les différents États de la région. Ceux-ci sont dans l'incapacité de contrôler les mouvements des biens et des personnes aux frontières ni de sécuriser les populations vivant dans ces zones.

Lorsqu'on considère des États comme le Mali ou le Niger qui disposent de très vastes territoires dont presque les deux tiers sont désertiques, leurs capacités institutionnelles ne couvrent pas la réalité territoriale. Il existe un disfonctionnement visible des services de l'État dont la connotation dans l'imaginaire collectif tourne autour de notions telles que la corruption, le clientélisme, le favoritisme et/ou népotisme, en réalité tout ce qui crée et entretient la marginalisation socioéconomique des groupes défavorisés. De larges portions des territoires étatiques restent hors souveraineté. Les populations ont appris à se passer d'États quasiment invisibles aux plans institutionnels et matériels où les symboles même de la république sont inexistant aussi bien dans l'imagination que dans la réalité. Ce qui crée des situations de « débrouille » donc des conditions favorables à l'installation et au développement des insécurités notamment la présence de réseaux liés à divers trafics de part et d'autre des frontières. Cela est facilité par l'existence

de liens socioculturels forts entre populations frontalières qui sont souvent issues des mêmes groupes ethnoculturels, donc de mouvements d'infiltration difficiles à contrôler.

Sur la frontière nigéro-nigeriane, les populations sont des mêmes terroirs et parfois ont des liens familiaux très forts, leur donnant accès aux deux États sans grande considération des barrières étatiques officielles. Le caractère artificiel des frontières officielles réel ou ressenti comme tel par les populations multiplie les alliances et complexifie ainsi l'identité nationale. Dans ces situations de multiplication d'insécurités environnantes, le registre de la parenté, de l'ethnie ou de la religion est le premier déterminant dans le choix de participer ou non, d'apporter ou pas son soutien voire sa complicité aux acteurs les produisant. Ces éléments complexifient les tentatives de déploiement de l'autorité des États sur ces espaces dans lesquels les groupes criminels ont étendu leur emprise au point où les populations y voient une alternative à l'absence de sécurisation nationale.

En examinant les cas de certains espaces du Mali, du Niger, du Nigeria et de la Libye, on peut déceler de nombreuses zones grises, contrôlées par des groupes criminels. Les États n'ont ni les moyens, ni les capacités de contrôler les forces qui agissent sur leurs territoires. Cela explique la facilité avec laquelle les groupes armés, les trafiquants de tout genre parviennent à s'installer dans la durée dans ces zones et établissent des liens avec les populations environnantes avec lesquelles ils interagissent en fonction des conjonctures. En plus des réseaux criminels transnationaux nouent des liens avec les milieux internationaux.

Il est ainsi établi que, depuis une décennie, le Sahel est devenue la plaque tournante du trafic de cocaïne latino-américaine vers l'Europe, profitant de la pauvreté et de la faiblesse étatique des pays de la région. La drogue arrive par bateau dans le Golfe de Guinée ou par avion par des vols directs Venezuela-Mauritanie ou Mali, avant d'être stockée ou redistribuée, par la route, via le Sahel vers l'Europe²⁷. On voit alors les dynamiques internationales qui viennent se greffer aux insécurités au Sahel qu'elles nourrissent pour former un relais régional profitant en premier aux intérêts situés hors de la région. Lorsque des groupes terroristes tels que Boko Haram ou Ansar Dine se placent sous l'autorité de l'État islamique, ils fournissent des combattants qui viennent grossir les rangs de ces « fous de dieu » qui opèrent en Syrie ou en Irak.

²⁷ *Jeune Afrique*, 10 mars 2013.

L'existence de menaces transnationales

Le paysage sécuritaire du Sahel oscille entre conflits internes, crises politiques et activités criminelles transnationales dont le terrorisme et trafics d'armes et de drogue. L'intérêt de ce point n'est pas de faire une analyse des causes des conflits et autres formes d'insécurités dans la région. De nombreuses études existent déjà sur le sujet²⁸. Il s'agit en conséquence de rendre compte des conflits, de la manière dont ils peuvent être entretenus par des acteurs politiques comme stratégies d'accès ou de conservation du pouvoir, afin de monter les multiples liens et interactions sécuritaires dans la région. Qu'ils soient liés à la faiblesse de l'État postcolonial, à l'absence de démocratie, ou au sous-développement, il revient de montrer comment la multiplication, la régionalisation, la transnationalité des insécurités, les règles ou leur absence d'ailleurs, les acteurs (étatiques et non étatiques) qui y participent, tendent à les éloigner des standards internationaux de la guerre et orientent les attentes vers d'autres modes de régulation. Que dans ces conditions, ils soient le fruit de facteurs internes et transnationaux qui modifient les perceptions de la menace et de la sécurité et expliquent la sécurisation progressive des enjeux non militaires dans la région, ils ont mis en échec les modes traditionnels de gestion des conflits.

De la Libye au Nigeria en passant par le Niger, le Mali ou le Tchad, la réalité sécuritaire du Sahel est complexe et multidimensionnelle. En l'espace de quelques années, il est devenu un « système de guerre » dans lequel, les jeux d'acteurs, les enjeux et les logiques présentent des liens d'interconnexion et de contradiction liés aux motivations aussi multiples que divergentes faisant craindre du même coup un embrasement de toute la région. Cela explique l'intérêt, à partir des années 1990, de nombreux chercheurs et spécialistes des « war studies » pour les dynamiques sécuritaires. Le concept de « complexe conflictuel régional » fait écho à celui de « complexe régional de sécurité » et proposent l'un comme l'autre de dépasser l'approche stato-centrée des questions d'insécurité et de sécurité, pour adopter une approche régionale donc collectiviste, aussi bien pour rendre compte des logiques régionales des conflits et crises qui s'interpénètrent et s'influencent que de leur gestion et prévention, qui ne sauraient être résolus au seul niveau national ou international classique.

²⁸ Voir : Charles-Philippe DAVID, *La guerre et la paix, Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*. Paris : Presses de Sciences Po, 2006 ; Mamoudou GAZIBO et Céline THIRIOT (dir.) *Le politique en Afrique, Etat des théories et piste de recherche*. Paris : Karthala, 2009 ; Philippe MARCHEZIN, *Les nouvelles menaces : Les relations Nord-Sud des années 1980 à nos jours*. Paris : Karthala, 2001 ; Bertrand BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et l'utilité sociale du respect*. Paris: Fayard, 1995 ; R. JACKSON, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the third World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 ; Daniel BOURMAUD, *La politique en Afrique*. Paris : Montchrestien, 1997.

Il apparaît ainsi que la compréhension des enjeux transnationaux de sécurité dans le Sahel est l'un des défis épistémologiques auquel sont confrontés les théoriciens des relations internationales, les politologues et les chercheurs qui s'intéressent aux conflits et à l'Afrique de manière générale. Faut-il les considérer comme relevant de l'activité politique sous d'autres formes ? Dès le moment où on fait le constat que les conflits et les crises ne sont plus l'œuvre des nations, et que ce sont les identités et les cultures qui s'opposent et qui s'entrechoquent, la question de leur enjeux et les moyens de leur solution se posent dans des termes nouveaux. La puissance, le dilemme de la sécurité, sécurité nationale, la protection de l'État deviennent des notions inopérantes devant la nature de l'insécurité et des nouvelles menaces. De manière générale, l'enjeu principal des conflits et crises politiques à l'œuvre dans la région est directement lié à l'accès et au contrôle effectif de l'État et de ses rentes, qu'ils soient l'œuvre des civils ou des militaires. Dans un pays comme la Guinée Bissau, l'armée restée sur le devant de la scène politique devint au fil des années le principal facteur d'instabilité avec la complicité bien entendu des hommes politiques qui la manipulent en leur faveur²⁹. L'interconnexion entre les militaires et les hommes politiques est la principale source d'instabilité dans ce pays l'un des plus pauvres du monde, classé 164^e sur 169 dans l'indice du développement humain de 2010³⁰.

Certaines recherches sur la conflictualité ont avancé la thèse d'« une économie de guerre fortement criminalisée »³¹, « d'un système de guerre »³² régional renvoyant à un niveau élevé de complexité et d'interdépendance eut égard aux liens et interconnections géopolitiques et économiques entre les différents conflits. Que ce soit la monopolisation ethnique du pouvoir, la politisation militaire, ces analystes ont démontré que l'irruption de forces exemptes d'idéologie, les tentatives de décomposition politique et les manipulation des identités infra nationales dans des pays où l'ordre public est en panne³³, où l'État s'est écroulé³⁴ incapable d'assurer le bien-être de sa population ni de la protéger des menaces internes ou externes, tous les ingrédients sont réunis pour que l'occasion d'un gain économique l'emporte

²⁹ Aya TOURE, « Guinée-Bissau : le pays de la vendetta politico-militaire ». *Slate Afrique*, 18 janvier 2012 Disponible sur www. Slate Afrique.

³⁰ Voir Rapport Annuel. PNUD, 2010.

³¹ Smillie G. HAZLETON, "The Heart of the Matter. Sierra Leone, Diamonds & Human Security (Complete Report)". *Partnership Africa Canada*, January. 2000.

³² Roland MARCHAL et Christine MESSIANT, « Une lecture Symptomale de quelques théorisations récentes des guerres civiles ». In *Lusotopie*, 2006, vol. 13, n° 2, p. 1-48.

³³ Smillie G. HAZLETON, "The Heart of the Matter. Sierra Leone, Diamonds & Human Security (Complete Report)". *Op. cit.*

³⁴ "Small Arms and Failed States". October 24, 1999. Disponible sur: <http://www.cdi.org/adm/1307/transcript.html>

sur les perspectives de paix civile. La rareté des ressources cristallise les luttes de survie qui sont organisées selon des stratégies politiques et économiques sur fond de tensions ethniques, car selon l'expression de Raymond Aron, « la guerre est un acte politique, elle surgit d'une situation politique et résulte d'un motif politique »³⁵. Ainsi, depuis quelques années des récentes études prennent en considération ces considérations en utilisant le concept de rareté pour en faire un élément crucial de la sécurité collective. Les travaux de Homer-Dixon³⁶, de Jon Barnett³⁷ entre autres, en analysant les conséquences de la dépendance en termes de ressources permettent de relier les conflits sociaux et environnementaux soulignant ainsi la transversalité de la notion de sécurité.

Les études sécuritaires sous la plume des constructivistes montrent par ailleurs comment des groupes rebelles aux mouvements armés ou terroristes, grâce à des jeux d'acteurs et de soutiens extérieurs notamment d'États voisins ou étrangers, parviennent à s'imposer sur la scène conflictuelle³⁸. D'un côté, on voit comment les interférences des dynamiques du dedans et de celles du dehors, les liens évidents entre les groupes armés et/ou les élites politiques, la régionalisation des conflits sont intégrés, manipulés et appliqués aux accords de paix et aux problématiques de gestion et de résolution des conflits³⁹. Cela explique l'intérêt pris par l'émergence et le développement de blocs économiques régionaux intégrés sous l'influence des théories sur les « complexes de sécurité » qui considèrent que l'analyse systémique de la sécurité internationale doit être centrée davantage sur les voisins immédiats dont dépendent les problèmes de sécurité et non sur les approches néoréaliste ou libérale qui se focalisent sur quelques puissances qui n'ont plus la maîtrise de la sécurité des moins puissants. De l'autre, on constate que les capitales sont devenues des lieux stratégiques et symboliques que ciblent les mouvements rebelles car elles sont assimilées et appréhendées par l'imaginaire collective comme synonymes de réussite, en ce sens que ce sont elles qui centralisent tous les pouvoirs⁴⁰. L'enlèvement de touristes français au Niger et les attentats terroristes à Bamako, à N'Djamena ou à Tripoli ont montré que la menace est transnationale et peut survenir partout.

³⁵ Raymond ARON, *Paix et guerre entre les Nations*. Paris: Calmann-Lévy, 1985, p. 35.

³⁶ Thomas HOMER-DIXON, *Security, Scarcity, and Violence*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

³⁷ Jon BARNETT, *The meaning of environmental security: environmental politics and policy in the new security era*. New York: Zed Books, 2001.

³⁸ Viatcheslav AVIOUTSKII, *Géopolitiques continentales, Le monde du XXI^e siècle*. Op. cit, p. 169.

³⁹ Valérie PASCALINI, « L'évolution des conflits en Afrique ». In l'Afrique entre guerre et paix. *La Revue Internationale et Stratégique*. Paris : PUF, 1999, p. 139.

⁴⁰ Jean-Pierre FERRIER, « La synthèse annuelle des problèmes politiques internationaux ». In *L'Année diplomatique 2004*. Paris : Gualino, 2003, p. 270.

III - Le contexte international

Le contexte international marqué par un développement sans précédent des insécurités liées notamment au terrorisme (englobant les questions du radicalisme et de l'extrémisme religieux), aux trafics de drogue et d'armes et aux migrations irrégulières produit des effets sur la sécurité et la stabilité du Sahel. En effet, depuis les attaques de septembre 2011 contre les États-Unis et les actions militaires engagées par la communauté internationale contre le terrorisme, et les divers trafics illicites, les zones grises notamment le Sahel sont devenues des refuges pour les groupes djihadistes. Cependant, il faut considérer que c'est l'intervention occidentale en Libye en 2011 qui va produire le plus grand bouleversement au Sahel. Celle-ci a produit une double conséquence, d'une part la chute du régime de Kadhafi et d'autre part la déstabilisation socio-économique et sécuritaire de toute la zone. Certaines recherches ont démontré qu'à la suite de la disparition du président Kadhafi, de nombreux combattants libyens et sub-africains, lourdement armés après le pillage de casernes et arsenaux se sont fondus dans le désert du Sahel⁴¹. Si certains sont rentrés au Mali ou au Niger, beaucoup d'entre eux sont restés dans les zones hors contrôle afin de s'adonner aux activités illicites (trafics de drogue, d'armes, terrorisme, pillage etc.) plus lucratives. Cette situation n'a pas tardé à produire un effet boule de neige dans la région : la guerre au Nord Mali, la montée en puissance de plusieurs groupes armés à connotation religieuse notamment AQMI (Al Qaïda au Magreb Islamique) Ançar Addine, et MUJAO (Mouvement pour l'unicité et le Jihad en Afrique de l'Ouest) auxquels il faut ajouter Boko Haram. Les multiples attaques auxquelles font face les différents États de la région (Mali, Niger, Nigeria, Tchad etc.), incapables de sécuriser leurs territoires démontrent à la fois leur fragilité et la facilité avec laquelle ces groupes terroristes parviennent à s'infiltrer et à s'installer dans la durée au Sahel, au bord de l'implosion.

La présence de ces groupes armés dans la région au-delà des insécurités qu'elle provoque aux frontières et dans les zones reculées, constitue également une menace pour les populations et même les États si l'on se réfère par exemple aux projets de Boko Haram de constitution d'un califat dans la région. De plus les connexions établies par ces mouvements avec les groupes terroristes internationaux auxquels ils ont déjà prêté allégeance tels Al-Qaïda et l'État islamique, les narcotrafiants, les trafiguants d'armes... laissent craindre le pire si des solutions ne sont pas trouvées. La réalité est que d'une part on observe la prolifération de groupes armés transnationaux au Sahel et de l'autre la présence d'intérêts étrangers.

⁴¹ Ibrahim MOUSSA, *Libye la vérité cachée*, 2015. Disponible sur : <https://lemerdymariannick.wordpress.com/2015/.../dr-moussa-ibrahim-li...>

Les groupes armés transnationaux

Le Sahel fait face à des conflits latents, des rébellions qui ont dégénéré souvent de manière locale et épisodique, mais qui, facilités par les mutations internationales au plan politique (le contexte de démocratisation favorable aux revendications de toute sorte), technologique (qui fait disparaître les barrières de la distance), économique (développement d'une économie parallèle transnationale et parfois criminelle) modifient le visage de la menace contre la paix et la sécurité internationales. Depuis les attentats du 11 septembre contre les États Unis, la corrélation entre la sécurisation des États en conflits et les risques et tentatives de récupérations des zones restées hors contrôle constituent de nouveaux enjeux de la paix et de la sécurité internationales.

Les acteurs internationaux comme les États tentent de reconceptualiser et de reformuler de nouvelles problématiques qui tiennent compte de la capacité des mouvements terroristes à utiliser les territoires des États défaillants pour lancer des actions de déstabilisation. Les États-Unis les premiers en 2002, dans le cadre de la « Stratégie de sécurité nationale des États-Unis »⁴² se proposent d'aider au renforcement des capacités des États fragiles à contrôler et sécuriser leurs frontières.

Dans un contexte d'impérialisme structurel en termes de domination et d'hégémonie, la lutte contre le terrorisme est devenue un enjeu majeur des relations internationales⁴³. Cette relation de domination créée par les jeux d'influences et de stratégies des États puissants, des nouvelles exigences pour les États de la région à mieux contrôler leurs territoires. Des États comme le Niger, le Mali et la Mauritanie géographiquement constitués d'espaces dont ils n'ont plus le monopole de la contrainte physique légitime et où la sécurité et l'ordre ne sont plus assurés sont propices à la sanctuarisation. Cela constitue des terres d'accueil pour des mouvements terroristes en quête de territoires dans leurs croisades contre l'occident.

La notion très controversée du choc des civilisations conçus par Samuel Huntington⁴⁴ est rétrospectivement revisitée du fait de la résurgence sur la

⁴² The White House, September 17, 2002. In the National Security Strategy of the United States of America, September, 2002.

⁴³ L'impérialisme serait dans ce contexte « une relation de domination par l'intermédiaire de laquelle une entité collective influence une autre entité collective, que ce soit dans le domaine de la production, des biens, des institutions politiques, de la protection militaire ou des informations et valeurs qu'elle a le droit d'importer. Surtout une telle relation existe sans recours à la violence armée. Car c'est l'impérialisme imparfait qui a besoin de recourir aux armes ; l'impérialisme professionnel s'appuie plutôt sur la violence structurelle. » Cf. Dario BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*. Op. cit, p. 223-24.

⁴⁴ Samuel HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*. Paris : Odile Jacob, 2000.

scène internationale et interne des conflits identitaires, des oppositions de valeurs et les questions de cohabitation culturelle. Depuis les attentats contre les USA, les problématiques du terrorisme et de l'intégrisme religieux sont revisitées et démontrées comme l'idée systématisée de la substitution des conflits civilisationnels aux conflits politiques. La superposition de multiples identités sous couvert de l'existence d'une nation dans la région a parfois donné l'occasion à certains groupes qui s'estiment différemment traités dans leurs droits à utiliser la voie de la rébellion, voire des attentats terroristes au nom d'un islamisme radical : c'est le cas de Bokko Haram au Nigeria, de Al-Qaïda islamique au Maghreb (AQMI) et des groupes islamiques radicaux au Mali.

Le Nord Mali reste soumis à de nombreuses influences notamment terroristes fonds de rébellion interne afin d'imposer leur vision d'un islam intégriste aux populations. Aux vues des dérapages constatées sur le terrain - tortures, destruction des biens culturels, violations des droits de l'homme, insécurité humaine- la qualification des rebellions de médiocrité, c'est-à-dire des crises de faible intensité ne constituant pas une menace à la paix et à la sécurité internationales est invalidée. L'insécurité au Mali, avec l'existence de réseaux transnationaux criminels jusqu'au moyen orient et en Amérique latine constitue bien une menace à la stabilité de nombreux pays frontaliers - Niger, Mauritanie, Algérie- et intègre les études sur la sécurité sociétale développées par l'École de Copenhague. Les mutations internationales favorables aux analyses en termes civilisationnels, relient la sécurité et l'identité. Ce pays est l'exemple-type de la menace par des groupes terroristes étrangers et locaux selon les autorités régionales et internationales. Ceci introduit une rupture par rapport aux discours politiques antérieurs selon lesquels les souverainetés intérieures des pays comme le Mali ou le Niger ne sont pas menacées et que par ailleurs, les différents gouvernements peuvent régler leurs problèmes sans une intervention extérieure.

Il prouve si besoin est qu'une situation sociopolitique difficile pourrait potentiellement dégénérer et se reporter sur des États aux vues de leur fragilité et en l'absence de maîtrise de leurs territoires. Le terrorisme, la grande problématique de l'après 11 septembre ne trouve-t-il pas refuge dans des terres théoriquement sous souveraineté étatique mais en réalité pratiquement « sans maître » conceptualisés comme des États défaillants⁴⁵ ? D'où l'intérêt à aider ces États dans la maîtrise de leurs territoires, élément essentiel dans leur existence car « la notion même d'État peut être remise en cause parce qu'il n'y a pas, selon la définition traditionnelle, de

⁴⁵ Jean-Marc THOUVENIN, « Préface ». In Christian TOMUSCHAT et Jean-Marc THOUVENIN (dir.) *Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales*. Paris : Pedone, 2004, p. 2.

gouvernement capable d'exercer une autorité effective sur l'ensemble du territoire et de la population »⁴⁶. La paix civile est tributaire de la stabilité en termes d'institutionnalisation, de rapports à l'État, de gouvernance. La production de rhétoriques et de discours contre le terrorisme et les pays autoritaires comme l'Irak, la Syrie, l'Iran qui peuvent les soutenir, leur stigmatisation en « axe du mal » par les puissances occidentales font de la sécurisation de l'occident un enjeu mondial qui produit des effets sur les régions. La politisation des enjeux que représente la lutte contre le terrorisme, la récupération stratégiques des questions aussi essentielles pour le monde, les répercussions et les intérêts nationaux et régionaux à l'inscrire dans les mécanismes de sécurisation participent aux politiques de sécurisation régionale.

Compte tenu de la très grande porosité des frontières étatiques au Sahel, où la plupart des Etats ne maîtrise pas la réalité de leurs frontières, les trafics de tous genres (trafic d'armes, de drogue, contrebande etc.) deviennent légion⁴⁷. Le Sahel est ainsi confronté à de nombreux défis sécuritaires, du fait des liens étroits entre le trafic des armes, le trafic de la drogue, le terrorisme, le blanchiment d'argent et le trafic des êtres humains. L'émergence de « cette ultra violence transnationale »⁴⁸ se manifeste par des actions extrêmes. Le groupe Al Qaïda au Maghreb islamique (AQMI)⁴⁹, se livre depuis longtemps à des trafics et extorsions en Mauritanie, au Mali et au Niger. Et les derniers événements au Niger⁵⁰ et au Mali⁵¹ d'enlèvement de ressortissants français et de tentative d'attentat à la bombe de l'Ambassade de France à Bamako le 05 janvier 2011, sont les réalités d'un danger qui démontre la fragilité de la sécurité des Etats de la région.

La présence d'intérêts étrangers

L'élément essentiel qu'il faut analyser dans ce point est la connexion des différents réseaux criminels de la région du Sahel avec les différents réseaux

⁴⁶ Jean-Marc SOREL, « La Somalie et les Nations Unies ». AFDI, 1992, XXXVIII, p. 61-87.

⁴⁷ Alioune SALL, *Les mutations de l'intégration des États en l'Afrique de l'Ouest, une approche institutionnelle*. Paris : l'Harmattan, 2006, p. 151.

⁴⁸ Jean-François DAGUZAN, « Terrorisme et mondialisation : la coopération, réponse à la menace transnationale ». *Mélanges offerts à Jean-Pierre Marichy*. Toulouse : Presses de l'IEP de Toulouse 2003, p. 229-244.

⁴⁹ Le Sahara est devenue une zone dangereuse pour les occidentaux notamment les Français qui ont été la cible de plusieurs attentats à la bombe (ambassades de France en Mauritanie et au Mali), enlèvements au Niger, Mali et Mauritanie.

⁵⁰ Enlèvements de ressortissants français et africains sur le site minier stratégique du géant du secteur nucléaire français AREVA, qui sont conduits dans le désert malien, enlèvement et exécution de deux jeunes Français en janvier 2011.

⁵¹ Le territoire malien est depuis quelques années utilisé par les ravisseurs d'enlèvements de ressortissants occidentaux pour cacher leurs victimes.

internationaux. Que ce soit le trafic international des drogues dures telles l'héroïne ou la cocaïne provenant de l'Amérique Latine et de l'Afghanistan ou le rapprochement des groupes terroristes du Sahel tels Boko Haram ou AQMI avec les la nébuleuse Al-Qaïda, ces dynamiques augmentent les déficits sécuritaires dans la région. Le lien établi entre les réseaux criminels du Sahel et ceux étrangers font du Sahel une plaque tournante de la criminalité. La coopération qui se joue sur le terrain permet aux uns et aux autres de s'entraidaient et de partager des informations et des expertises.

Selon Alain Chouet⁵² « tout contestataire violent dans le monde musulman, qu'il soit politique ou de droit commun, quelles que soient ses motivations, a vite compris qu'il devait se réclamer d'Al-Qaïda s'il voulait être pris au sérieux, s'il voulait entourer son action d'une légitimité reconnue par les autres, et s'il voulait donner à son action un retentissement international. Un groupe comme AQMI ou Boko Harem a tôt fait de comprendre l'intérêt financier et « l'aura » international qu'il pourra retirer de son allégeance à l'État islamique. Alors que pour ces groupes la rationalité des acteurs leur permet au moyen de la coopération de renforcer leur position et d'augmenter leur gain, cette situation a pour conséquence d'augmenter la fragilité et la vulnérabilité de la région. On peut évoquer la situation sécuritaire du Nord Malin, conséquence directe de la guerre en Libye où différents groupes se sont posés en maître du territoire pendant plusieurs mois avant que l'intervention française ne vienne mettre fin à leur cohésion. La guerre au Nord Mali en octobre 2011 débute avec la création de MNLA (Mouvement pour la libération de l'Azawad) national avant d'être rejoints par Ansar Dine (une dissidence du MNLA qui a des liens avec AQMI) et Mujaq. Trois groupes différents idéologiquement entendent s'unir contre le gouvernement central avant que les ambitions islamistes et radicales des deux derniers ne viennent freiner celles d'indépendance politique du MNLA. La principale leçon qu'on peut retirer de l'occupation du Nord du Mali est de voir à quel point les combattants étrangers avaient convergé vers la région.

S'il n'est pas étonnant de compter au sein des groupes armés des individus originaires de la région, c'est la première fois qu'on déceler de façon certaine la présence de combattants venus du Maghreb, notamment des Tunisiens, ainsi que des Égyptiens, mais également des Saoudiens et même des Pakistanais et des Afghans⁵³. Il est ainsi établi que progressivement des groupes comme Boko Haram, Ansar Dine et AQMI se sont internationalisés même si l'essentiel de leurs activités sont localisées au Sahel, ils sont un

⁵² Ancien directeur du service de renseignement de la sécurité extérieure français.

⁵³ Jacob ZENN, « Nigerians in Gao: was Boko Haram really active in Northern Mali? » *African Arguments*, 20 janvier 2014, <http://africanarguments.org/2014/01/20/nigerians-in-gao-was-Boko-haram-active-in-northern-mali-by-jacob-z>

relais pour les grands leaders du moyen Orient qui les influencent et au nom desquels ils agissent parfois. Les attentats au Niger et à In Aménas en Algérie témoignent de cette importante internationalisation des unités terroristes opérant au Sahel, le premier attentat ayant été attribué à un Nigérien membre d'Ansaru et le second, à des Tunisiens et Canadiens.

*
* *

Dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme », les États-Unis considèrent l'espace sahélien comme le deuxième front après l'Afghanistan⁵⁴. Ce qui démontre de toute l'importance que les insécurités et les menaces vécues par le Sahel ont sur la paix et la sécurité internationales. Un certain nombre d'éléments sont explicatifs de la situation insécuritaire dans la région au plan desquels la difficulté à la fois des États à sécuriser leurs espaces et à résister aux tentatives des groupes armés extérieurs à infiltrer leurs territoires. Au contraire on constate avec quelle facilité des espaces sont conquis voire arrachés au contrôle et à l'autorité de l'État. Celui-ci peine à créer d'une part une réalité territoriale qui coïnciderait avec son autorité et d'autre part à créer les conditions d'une allégeance unique de ses populations envers lui. Il en ressort que le Sahel est finalement représentatif d'un vaste réseau fait de maillage ethnique, culturel et religieux qui ne donne pas sens sur le plan régional mais qui reste visible pour les populations en termes de réseaux développés comme alternative à l'absence des États dans la gestion leur territoire. La conséquence est le développement des conditions favorables à l'explosion des violences à la fois interculturelles, ethniques et religieuses là où l'État peine à assoir son autorité et transnationales du fait de la propagation rapide des insécurités. Le sahel devient dans cette configuration un espace instable où les acteurs responsables de l'insécurité (les groupes armés, les trafiquants d'armes et de drogue) créent et entretiennent un vaste réseau fait d'alliance et de défection en fonction des opportunités et des conjonctures. Dans ce contexte les politiques de sécurisation devraient tenir compte de la particularité des insécurités qui sont à la fois liées au national, au transnational et à l'international.

⁵⁴ F. DEYCARD, « Une région à l'importance croissante ». In *Sahel en Crises. Questions internationales* n° 58, novembre-décembre 2012.

**UNE APPROCHE THEORIQUE DES LIMITES DE LA RECHERCHE
DE L'IDENTITE A MENAKA (REGION DE GAO) : LES
DAOUSSAHQAQ ENTRE LA QUETE DE SOI
OU LE DEVENIR AUTRE**

**Naffet Keïta,
enseignant chercheur à l'Université des lettres
et des sciences humaines de Bamako (ULSHB)**

Nombreux sont les travaux des anthropologues qui touchent à la dimension ethnique de la variation humaine. Cependant, les outils conceptuels utilisés pour analyser ces phénomènes sont demeurés flous et sous-construits. Cette étude a, par conséquent, un double objectif : celui d'opérationnaliser, sur la base d'une analyse critique, les outils conceptuels permettant de cerner le processus de construction de l'objet d'étude (l'identité ethnique¹), et celui de les appliquer dans le processus de construction

¹ L'identité ethnique est une forme de catégorisation subjective à la fois individuelle et collective basée sur un sentiment d'appartenance et manifestée dans une série de caractéristiques, produite dans un processus historique d'opposition significative à d'autres catégories humaines constituées de manière similaire. L'identité ethnique est un processus -plutôt qu'un état ou une attribution- à intensité variable et qui s'appuie sur des différences investies de sens par les agents sociaux concernés. On peut considérer le groupe ethnique comme l'expression concrète de l'identité ethnique, si toutefois l'on prend soin, à l'instar de Giddens, de refuser de réifier cette entité (une catégorie analytique et non pas objective). L'une des meilleures approches pour construire cette définition est celle de Weber (1961 : 306). Un groupe ethnique serait donc : une collectivité humaine caractérisée par la croyance que ses membres possèdent une histoire ou des ancêtres communs, et par une série de pratiques distinctes et significatives de celles d'autres groupes. Ces pratiques sont produites dans un processus historique et actuel d'interaction avec les autres groupes par des acteurs sociaux qui sont reconnus comme représentant le groupe. Le groupe peut être plus ou moins large -autrement dit ses frontières fluctuent- se définissant selon la pertinence de l'enjeu présent. Ces deux phénomènes -identité et groupe ethniques- sont basés sur un consensus relativement vague et flou chez les sujets sur ce qui les constitue, les marqueurs étant polysémiques et portant la trace de l'histoire de leur construction collective et progressive : un terrain fertile de la lutte des classements. Ce consensus évolue, se transforme au gré des contacts avec les autres groupes ethniques et avec l'État qui est lui-même, dans la plupart des cas, une « ethnocratie » (Adams in : Urban et Sherzer 1991 : 181). En revanche, les définitions présentées ici refusent quatre éléments présents chez plusieurs auteurs : le caractère involontaire de l'identité ethnique (Isajiw 1974) ; la nature « objective » du groupe ethnique (Moreno 1985b et 1991) ; les rapports de domination qui déterminent son existence (B. Williams 1989) et son statut « subnational ».

identitaire d'un groupe ethnique précis au Mali : les *Daoussahaq* du cercle de Ménaka².

Les traditionnistes se rapportent à propos de leur origine à plusieurs sources : des juifs convertis à l'islam suite aux vagues successifs de poussées islamiques (commerçantes, djihadistes et traite orientale) dans le Sahara et dans le Sahel. Ils en tirent de leur nom : *Daoud* et *Ishak* (« les fils d'Issac ») ; d'autres disent qu'ils *Daoussahaq* sont issus d'une ancienne faction dépendante des Touaregs Ouelleminden. Autrefois, ils leur servaient d'experts religieux et conduisant le bétail des ordres supérieurs des tribus touareg.

En dépit de cette histoire, dont certains membres tirent une réelle reconnaissance ou du désir thymotique, ils seraient antérieurs aux tribus touareg dans la région, et même l'Empire Songhay, à partir duquel, ils ont pris nombre d'emprunts dans leur langue. Comme les *Igdalan*, ils seraient parmi les premiers berbères à migrer vers l'Afrique subsaharienne, quelque part entre les VIII^e et IX^e siècles et ont été parmi les premiers groupes musulmans dans la région³.

Dans le Mali contemporain, certains éléments ont pris part à la première révolte fiscale des années 1963 à 1964. De même qu'en 1990, d'autres ont également formé des groupes armés : le Front populaire de libération de l'Azawad (FPLA, 1991-1993) et le groupe dissident plus tard, le Front national de libération de l'Azawad (FNLA, 1993). En outre, ce sont des jeunes lettrés *Daoussahaq* qui seront les fondateurs du Mouvement National de l'Azawad (MNA), l'ancêtre du Mouvement National de Libération de l'Azawad qui a entrepris la dernière rébellion des années 2012 au Mali.

Enfin, depuis la fixation de certains grands groupes, ils se signalent dans des raids de bétail et les conflits avec les agriculteurs et les éleveurs Peuls, principalement ceux d'Ouallam du Niger (Keïta, 2010) et continuent à pratiquer l'esclavage (Keïta, 2012). Le prétexte de la référence à une société de pasteurs éleveurs et commerçants va nous permettre de préciser la perspective dans laquelle les identités seront ici saisies. Ainsi, au détour de quelques acquis théoriques de l'anthropologie nous dégagerons notre problématique avant d'en examiner l'historicité des regards croisés autour de la saisie des identités. Ce texte constitue une réflexion sur l'écriture de la

² Les *Daoussahaq* ou encore appelés *Dausahaq*, *Daoussak*, *Dawsahaq*, *Daosahaq* sont un groupe de population dont les marqueurs les font confondre ou les inféodent aux Touaregs (*Ouelleminden*). Ils sont majoritaires dans le cercle de Ménaka (Central et Inékar) où ils représenteraient près de la moitié de la population et de loin majoritaire à Talataye (cercle d'Ansongo).

³ http://www.cyclopaedia.es/wiki/Dawsahak_people

frontière ethnique⁴ en tant que lieu d'expression de l'identité ethnique, et en tant que lieu d'étalage des produits symboliques que le groupe estime investis d'une signification différenciatrice.

Notre propos est de saisir la nature des frontières de l'identité ethnique *Daoussahaq* en explorant les compositions, les principes de construction, pour déterminer les forces de transformation à l'œuvre historiquement et encore aujourd'hui. Certes, si le brassage des sociétés, des identités, des cultures est une constante de l'histoire universelle, il ne saurait donc occulter le caractère diasporique ou itinérant des cultures contemporaines. C'est ainsi qu'apparaît le caractère paradoxal de la mondialisation ; au lieu de rendre les identités fluides, celles-ci se durcissent au point de prendre des formes de fondamentalismes ethniques, nationaux et religieux (Amselle, 2001 : 44).

La perspective est de montrer qu'il ne suffit pas de discuter de la question ethnique et de leur interrelation dans des espaces globaux tels le cadre de l'Etat-nation ou sous régional, même continental en termes d'identités ou de les condamner, mais qu'il est possible de suivre leur historicité dans la longue durée. La question des identités ethniques est en rapport avec l'importante question de la construction du « commun vouloir de vivre ensemble » dans les postcolonies africaines ; aujourd'hui, elle constitue, de plus en plus, l'une des causes des problèmes d'intégration nationale et de cohésion sociale. Cette problématique convoque nombre de registres d'explication. L'un des registres retenus est celui de leur construction à

⁴ La frontière ethnique est comme le lieu de désignation d'une dichotomie entre deux groupes ethniques distincts (Barth 1969). Elle est double, interne et externe (Isajiw 1974 : 122). D'autres ont ensuite signalé que l'interne et l'externe ne coïncident pas nécessairement, que la définition de la frontière n'est pas forcément la même pour les membres du groupe que pour les non-membres. Amselle (1990) rejette le concept même de frontière identitaire, arguant qu'il s'agit d'une série de dégradations, et que si frontière ethnique il y a, elle existe seulement là que l'État bureaucratique l'aura imposée. Il oppose donc le concept de continuum à celui de frontière. Seulement, il nous semble qu'on n'a nul besoin d'y déceler une contradiction : sans accepter l'ensemble de l'argument d'Amselle, on peut admettre que les cultures réelles forment un continuum mais que la frontière est justement une rupture voulue de ce continuum opérée par les acteurs sociaux, et ce, non nécessairement ni surtout sur la base de différences « objectives ». La frontière paraît floue comme conséquence de sa complexité non analysée : il s'agirait à notre sens d'un ensemble de frontières partielles, peu formalisées, dont les marqueurs témoignent, et qui constituent la frontière ethnique du groupe par un effet d'intensité de positionnement autour d'un groupe relativement concentré. La position de la frontière est donc brouillée par le fait que certaines de ces frontières partielles soient situées en dehors de la zone de concentration, et la frontière peut même être discontinue dans la mesure où les terrains identitaires ne couvrent pas l'ensemble de la pratique sociale. En effet, chez de nombreux auteurs se glisse une petite référence qui laisse entendre qu'il y aurait, soit une identité « réelle » enfouie quelque part en-dessous des constructions identitaires, soit des sociétés humaines où l'identité ethnique serait « pure » (voire : non construite, naturelle – la référence de l'origine juive des *Daoussahaq*). C'est donc une vision qui est très liée à celle d'une discontinuité du changement social : les sociétés traditionnelles seraient homogènes, solidaires, statiques.

travers les travaux de Bourdieu et de Giddens qui constituent des référents majeurs du courant poststructuraliste en sciences sociales.

Cadre théorique et méthodologique

A l'époque présente, l'une des postures majeures de l'anthropologie est de ne point privilégier le passé par rapport au présent, la tradition par rapport à la modernité, l'exotique par apport à l'ordinaire ; c'est aussi de ne point enfermer l'autre dans la figure de l'authentique ou du sauvage, figures qui sont toujours réductrices, mais en l'appréhendant dans la même situation ou relation que soi. Penser simultanément les deux termes revient à refuser de voir dans l'un et l'autre le seul critère d'évaluation ; les deux termes doivent au contraire s'éclairer réciproquement. Ces nouvelles conditions entraînent que les réflexions sur les réalités contemporaines doivent s'exercer non seulement « ailleurs » mais également « ici ». Elles supposent de tenir compte du fait nouveau que les autres, les particularismes, les diversités se trouvent également en plein cœur de la modernité. Ces postures sous-entendent que l'altérité ne représente pas une essence, une qualité intrinsèque que certaines populations ou certaines cultures porteraient inscrite en elles. L'altérité doit être considérée comme une notion relative et conjoncturelle : on est « Autre » que dans le regard de quelqu'un. Les structurations sociétales Tamacheq (*Imajeren, Ineslemen, Imrad, Iklan* et *Enaden*)⁵, le *Daoussahaq*, le griot, le paysan, le cordonnier ou l'étudiant ne constituent pas des substances immuables. Ils n'apparaissent tels que par la mise en relation qu'effectue le regard porté par la société moderne sur ces groupes à un certain moment de leur histoire. C'est dire que la catégorie de l'« Autre » ne relève pas d'une définition substantielle. Elle ne correspond pas à une entité autonome et repérable positivement, elle est au contraire toujours prise dans une relation, généralement de domination-subordination. Les catégories ou les groupes qui apparaissent différents le sont par rapport à une structure dominante qui les englobe et avec laquelle ils entretiennent certains types de rapports de légitimation, de socialisation, de démarcation ou d'opposition. Des clans de griot, de forgerons, etc. font tous partie d'ensembles plus grands qui les enveloppent, par exemple une société paysanne du Mandé, du Béléko, du Kénédugu, un espace géographique, une collectivité rurale ou urbaine, etc. Certes, cette relation dialectique de soi vers l'autre n'est ni simple ou évidente ; car de nombreux facteurs interviennent pour rendre sa pratique périlleuse et sa réalisation difficile (contact, vécu, perception et sublimation). Et invoquer sa nécessité, c'est en souligner la dimension aléatoire. Comme le soulignait Montaigne par les propos qui suivent : « je ne dis les autres sinon

⁵ Ces différentes occurrences renvoient aux catégories sociales structurant les sociétés touareg.

pour d'autant plus me dire »⁶. Or, si le projet de l'anthropologie est d'articuler les rapports du local et du global (Geertz, 1986), de penser l'autre et le même sous leurs aspects les plus divers (Kilani 1996 : 33), la distance qu'il y aura entre l'Autre et Nous, une distance qui fait qu'on devient plus proche de ce qui est lointain, nous permet de découvrir : ce que nous tenions chez nous pour naturel est un fait culturel. Est-ce à dire alors que la *targuité* (l'être touareg par extension et celui *Daoussahaq*) et l'enturbanné d'aujourd'hui sont demeurés immuables depuis ? Quelles en sont les mutations en termes de regards et de situations ? A partir de quels postulants pouvons-nous rendre compte de l'identité ?

La méthodologie a emprunté deux voies parallèles : celle de la constitution des outils conceptuels et analytiques dans le cadre d'une théorie du social s'inspirant de celles de Bourdieu et de Giddens et puis, celle de leur application dans l'étude de cas⁷. Cette dernière comprenait les démarches suivantes : un examen critique de l'utilisation du concept d'identité ethnique dans la littérature concernant les populations vivant aux confins du Sahara en général et les *Daoussahaq* en particulier. Cette démarche a permis de déceler une frontière ethnique discontinue, à intensité variable dans le temps et dans l'espace : un conglomérat de pratiques sociales et rituelles, non pas une barrière étanche, immuable et contrastée des pratiques quotidiennes et rituelles. Cette frontière s'établit autour de certaines pratiques sociales, celles qui sont perçues comme étant des enjeux pour l'identité, ce qui nous amène à proposer deux nouveaux concepts analytiques : celui de terrain d'investissement identitaire et celui d'afficheur identitaire. Ainsi, les *Daoussahaq* de Ménaka se constituent en tant que groupe à la fois en marge et en symbiose avec les sociétés touareg et songhay, en se construisant des espaces propres au sein même des institutions de celles-ci. C'est ce qui leur a permis de rénover leurs stratégies identitaires malgré la transformation radicale du contexte socio-économique dans lequel elles évoluent. Les résultats de cette recherche ont une incidence tant au niveau théorique (en ce qui concerne l'identité ethnique et concepts afférents) et au niveau des politiques étatiques concernant les minorités ethniques qui, pour la plupart,

⁶ M. de MONTAIGNE, *Les Essais*, I, Paris : Nelson, s.d., XXVI et cité par T. TODOROV, « Le croisement des cultures », in : *Communications*, n° 43, p. 22 [pp. 5-24].

⁷ Les travaux de BOURDIEU sont en relation d'intertextualité avec ceux du courant postmoderniste. Ce courant a gagné beaucoup d'adeptes en études ethniques et identitaires en Afrique. Malgré les faiblesses de ses assises théoriques et méthodologiques, il met au centre de la réflexion deux questions incontournables et peut-être insuffisamment élucidées. Il s'agit de l'impossibilité de l'objectivité totale du chercheur et de l'identité à dimensions multiples et non pas unitaire. Du point de vue postmoderniste, l'ethnographie est un récit construit, voire une fiction. Ainsi, CLIFFORD (in : CLIFFORD et MARCUS 1986 : 2 et 6) souligne que l'ethnographie invente, plutôt qu'elle ne représente, d'autres cultures et que, par conséquent, la bonne ethnographie est de la fiction vraie.

se basent sur une conception de la frontière ethnique trop monolithique. Comme chez Descartes, l'étonnement provoqué par la rencontre des cultures qui nous sont si éloignées, et dont la rencontre va entraîner une modification du regard que l'on portait sur soi. L'altérité nous oblige ou nous encourage à voir ce que nous n'aurions même pas pu imaginer, tant notre attention a du mal à se fixer sur ce qui nous est habituel, familier, quotidien. Cette relation dialectique de soi à l'autre n'est ni simple ni évidente. Dans la découverte de l'autre connaît-on autre chose que soi ? Cette extériorité est pourtant indispensable à l'anthropologue car il ne s'agit pas pour lui de s'identifier à l'autre au point de devenir lui-même cet autre. Castoriadis souligne : « L'ethnologue qui a tellement assimilé la vue du monde des Bororos qu'il ne peut plus les voir qu'à leur façon, n'est pas un ethnologue, c'est un Bororo – et les Bororos ne sont pas des ethnologues » (1975:228). S'il ne s'agit pas de devenir semblable aux autres, s'identifier suffisamment à eux permet à l'anthropologie par contre d'apprendre qu'il aurait pu être d'une autre culture. Ce mouvement lui donne le privilège de s'approcher suffisamment de l'autre sans le devenir complètement, de comprendre sa culture sans s'y plonger totalement au point de ne plus voir qu'elle, car dans ces conditions il n'y a plus de savoir possible.

A ce propos, Kilani remarque : « Le rapport d'extériorité-identification a ainsi pour effet qu'à mon retour de chez l'« autre », je ne suis plus tout à fait le « même » : non seulement ma compréhension de ses configurations particulières n'aura pas été complètement étrangère à quelque chose que je découvre et comprends de ma propre culture, mais j'aurai appris à chercher des voies communes à ces diverses expressions, à former un discours qui ne soit pas uniquement un discours qui parle des autres mais un discours qui parle aux autres »⁸.

Si tels semblent être les lieux communs de clarification de la notion d'altérité en anthropologie, la redéfinition de ces lieux ne correspondent pas à des structures figées, à des survivances que l'on renconterait aussi bien dans les sociétés traditionnelles que dans les sociétés modernes ; car l'objet est dynamique, dialectique et critique par rapport à toute approche des cultures en termes d'insularité, d'archivage ou de nativisme. L'intérêt pour les identités ethniques n'est pas une tentative de les ressusciter ou de les réinventer en rapport avec l'imaginaire social du moment. L'un des problèmes majeurs auquel on se bute dès que l'on aborde l'identité ethnique est celui de l'essentialisme. Eric Wolf (1994 : 6) signale que cette évolution des recherches nous éloigne des anciennes perspectives essentialistes par rapport à la culture. Curieusement, l'essentialisme -entendu comme l'idée que

⁸ M. KILANI, *Introduction à l'anthropologie*, op. cit., p. 28 et sur la question, voir également T. TODOROV, « Le croisement des cultures », op. cit., p. 221-222.

les groupes sociaux ou les « cultures » ont en leur sein quelque chose d'ineffable, de non historique, de non construit- se manifeste, aussi bien dans les mouvements sociaux à propos de l'identitaire que chez des chercheurs qui se réclament d'une approche constructionniste de l'identité et de la culture. La moralité, peut-être : on ne peut jamais prendre pour acquis que son propre travail est exempt d'interprétations essentialistes. D'autant plus que cet essentialisme n'est qu'une manifestation, parmi d'autres, des approches fonctionnalistes et positivistes qui ont caractérisé la création même des « sciences » sociales. De ce point de vue, l'étude du cas des *Daoussahaq* s'est avérée d'une grande richesse. Quoi de plus « essentiel », en apparence, que l'identité *Daoussahaq* ? Au départ, on croit savoir qu'il s'agit d'une « ethnique » distincte tant par sa culture que par sa provenance génétique. Le maintien de sa « différence » ethnique s'expliquerait tout seul, la non-différence étant inconcevable. Mais comment rendre compte de ces *Daoussahaq* du cercle de Ménaka, abonnés à la sédentarité depuis au moins vingt ans, sans religion autre que cet islam dont se réclame la majorité non-*Daoussahaq*, intégrés à la société et fiers de l'être ? Si l'on acceptait le genre d'approche prévalant chez la plupart des anthropologues des minorités ethniques, ils auraient dû disparaître depuis longtemps, au fur et à mesure qu'ils devenaient plus visibles en intégrant de façon exponentielle le tertiaire, habitant les centres urbains et perdraient « leurs traditions ». Et pourtant, ils sont bel et bien là. Non seulement ils sont là, mais ils n'ont rien dans leurs pratiques sociales ou institutions qui leur est propre, original, unique par rapport aux Touaregs qui les entourent. Il n'y a que leur langue, leur manière de vivre et d'habiter ces institutions et pratiques, le regard qu'ils y portent, qui leur est propre et qui leur sert pour se distinguer des non-*Daoussahaq*. Il s'agit d'un problème autant sinon plus posé par le regard anthropologique et ses lunettes conceptuelles que par l'anomalie de ce cas. Au contraire, en explorant davantage le peu de littérature ethnologique sur les *Daoussahaq*, nous nous rendrons compte qu'ils ne sont pas uniques parmi les pasteurs-nomades, et que les processus mis en œuvre par eux pour se construire en tant que *Daoussahaq* à leur manière ne sont pas inédits. Simplement, les *Daoussahaq* nous obligent à repenser nos approches théoriques et à réinventer des outils analytiques pour aborder l'identité ethnique. L'étude du cas des *Daoussahaq* fait éclater des notions positivistes encore très courantes en anthropologie -des notions telles que « tradition » ou « contenu culturel » ou « cultural survival »-. Ce cas nous a amené aussi à concevoir autrement la « frontière » ethnique. Les pratiques *Daoussahaq* nous révèlent une frontière discontinue, à intensité variable dans le temps et dans l'espace : un conglomérat de pratiques sociales et rituelles, non pas une barrière étanche, immuable et contrastée des pratiques quotidiennes. Il nous semble que cette approche de la frontière ethnique, et son analyse à partir de l'identification

des enjeux identitaires qui servent de base à l'articulation de terrains de lutte identitaires, que nous apportent les *Daoussahaq*, peut permettre de renouveler la problématisation pour l'étude d'autres cas de construction de l'identité ethnique.

Le recours des métaphores spatiales nous permettra d'élaborer des outils analytiques : frontière, champ, terrain, etc. Même si plusieurs proviennent de la littérature anthropologique établie, nous croyons qu'il y a lieu d'examiner les effets possibles que l'utilisation d'images à connotation spatiale peut avoir sur l'objet d'étude. L'emploi de la métaphore spatiale a avant tout un effet de réification : on a tendance à opérer un glissement vers une compréhension de la frontière ethnique, par exemple, comme un lieu identifiable, observable, plutôt que de la concevoir en tout moment comme ensemble dynamique de relations sociales. Le danger est légèrement moins présent dans les cas des notions comme champ ou terrain, car elles évoquent plus facilement une dynamique de rencontre de diverses forces sociales. Bourdieu, très explicite, parle d'un ensemble de relations historiquement constituées pour expliquer le concept de champ. En fin de compte, plutôt que de ne pas utiliser de métaphore du tout, ce qui est peut-être le plus convenable est d'expliciter la nature ou le biais des métaphores, pour ainsi signaler leurs limites et les corriger lorsque nécessaire.

Les lieux d'expression et de dévoilement de l'autre

Certaines contraintes sont inhérentes aux choix que nous avons opérés au fur et à mesure de notre travail, et il faut les expliciter ici. En premier lieu, il y a le fait que l'étude se base sur une seule étude de cas et que cette dernière représente une communauté. Le pari est fait en fonction d'une qualité et d'une profondeur de compréhension, au détriment d'une large base de données et d'analyse. On est dès lors en droit de se demander si les généralisations, tant au niveau des *Daoussahaq* qu'en ce qui concerne la problématique identitaire plus vaste, peuvent se justifier. Il semble qu'en effet, il faut se garder de généralisations concernant les *Daoussahaq* en ce qui a trait à leurs modes concrets d'articulation avec les sociétés au sein desquelles ils vivent. Nous ne pouvons pas parler de « traditions *Daoussahaq* » ou de pratiques culturelles qui seraient les mêmes d'un groupe *Daoussahaq* à l'autre. Mais nous constatons que la littérature issue d'un courant en études *Daoussahaq* au moins corrobore les observations de cette étude au niveau de la stratégie d'articulation des groupes *Daoussahaq* avec leurs sociétés dominantes. À ce niveau précis, la généralisation est fondée. Et en ce qui concerne la généralisation de concepts analytiques dans le champ identitaire à partir de cette étude, il reste à les employer dans d'autres cas pour pouvoir l'affirmer, bien qu'à première vue ils semblent mieux rendre compte de la dynamique

identitaire que les outils insuffisamment développés dont nous disposions jusqu'ici. Les conclusions sur la nature de la frontière ethnique feront l'objet d'un travail ultérieur pour essayer d'établir si elles jettent une lumière nouvelle sur la dynamique identitaire dans d'autres cas précis.

Une deuxième limite est reliée au fait que cette recherche a été menée en isolement quasi total par rapport à l'existence d'un corpus sur les *Daoussahaq*.

Troisièmement, malgré les efforts pour souligner les variations, nous craignons que ce qui ressort de cette étude donne une impression d'une certaine unanimité dans le discours produit par les *Daoussahaq* sur eux-mêmes. Il n'y a pas un seul discours, mais l'un des effets pervers de l'acte d'analyse est peut-être celui de limiter ou de minimiser les différences dans une tentative de « faire du sens », un sens univoque ou du moins assez homogène pour permettre justement de faire des généralisations. Un problème relié à celui de l'effet d'unanimité, est le fait que prendre comme objet d'étude le problème de l'identité *Daoussahaq* tend à faire exister cette identité dans la démarche d'analyse avec plus d'intensité que dans la « vraie » vie. Si l'on ne trouve pas la manière de compenser cet effet pervers de l'analyse dans l'interprétation qu'on en fait, si au contraire on commence à se convaincre de la véracité de sa propre « fiction », on se trouve à créer un phénomène par l'intervention de recherche.

Un quatrième problème est celui du rapport avec nos informateurs, comme dans toute étude anthropologique. Dans ce cas, nos principaux informateurs étaient des hommes, ce qui instaurait un certain nombre de contraintes (par exemple, la perception que pouvaient en avoir les voisins en ce qui concerne cette relation étrangement intime entre un homme et une femme non mariés) et un rapport de pouvoir difficile. Ceci avait une incidence importante sur l'autonomie de chercheur, sur sa capacité et sa légitimité à entreprendre des contacts et des relations avec des gens ne faisant pas partie du réseau que nos informateurs avaient intérêt à nous faire connaître. La tension grandissait à mesure que la recherche avançait et nous nous apercevions que les informateurs tenaient à contrôler l'agenda des contacts. Nous ne le leur reprochons pas : leur stratégie est aussi légitime que la nôtre. Nous profitons de la relation avec eux pour nous introduire parmi des gens qu'il nous aurait été autrement impossible de connaître de cette manière, et pour eux nous sommes un atout exclusif qui augmentait leur statut dans la communauté. Pour reprendre les termes de Bourdieu, autant nous nous appuyons sur leur capital social (leurs relations dans la communauté) que nous n'aurions jamais pu obtenir nous-même, autant nous étions pour eux un moyen d'augmenter et de consolider ce même capital social. Lorsque nous avons tenté une « fuite », la confrontation a été amère et, constatant l'impossibilité de gagner notre informateur à un raisonnement,

nous avons opté pour poursuivre sous sa gouverne, ce qui biaise évidemment notre échantillon de récits de vie.

Le cinquième problème est l'intérêt, en tant que chercheur et en tant qu'individu avec une histoire et un avenir, pour cette recherche et pour cet objet d'étude. Plusieurs éléments de notre histoire personnelle semblent avoir une incidence potentielle sur le processus et les conclusions de cette étude.

Premièrement, le moment de notre vie où cette étude s'insère : nous ne sommes pas en début de carrière dans le domaine universitaire. Les impératifs d'accumulation de capital dans ce domaine sont loin de cette pratique. Malgré cet éloignement, nous nous sommes trouvé peu à peu avec quelque chose qui n'est pas organiquement lié à la problématique. Il s'avère très difficile pour nous de résister à la polémique. Nous sommes alors particulièrement tenté de démolir des idées et des approches rencontrées sur le chemin qui semblent participer d'une mystification des *Daoussahaq* ou manquer de rigueur analytique, ou se contenter d'un cadre conceptuel manifestement déficient.

De plus, notre condition de Malien et l'aversion que nous avions développée ces dernières années à l'égard des discours figés, substantialistes, essentialistes sur l'identité ethnique (Keïta, 1998, 1999, 2005, 2013i à vii et 2015) nous prédisposent à une grande réceptivité face à toute approche plutôt immatérielle de l'identité qui insiste sur le caractère flexible des processus identitaires. D'autre part, sur le plan des biais de chercheur, notre intérêt, pour les populations vivant aux lisières du Sahara malien a précédé de loin le choix du problème de recherche. Le statut de ces régions dans l'imagination de nombre de Maliens a sans doute un impact sur la façon dont nous avons construit l'objet, mais nous croyons que cette influence est contradictoire et ne joue pas toujours dans le même sens. C'est dire que, autant parfois le penchant pour ces populations peut amener à privilégier ce domaine par rapport à d'autres, et par conséquent peut-être à surestimer sa centralité dans le processus de construction identitaire des *Daoussahaq*, autant aussi, conscient de ce danger et voulant le contrecarrer, nous avons pu refuser certaines données ayant à voir avec ces populations. Toujours est-il que notre connaissance de base, a permis d'apprivoiser les *Daoussahaq* sur un terrain prestigieux pour eux, et donc peut-être plus facilement accessible (pasteur-nomade vivant en symbiose d'avec les Touaregs). Mais de loin le problème le plus grave concernant l'intérêt du chercheur est le fait que de s'intéresser aux *Daoussahaq* simplement d'une certaine manière le fait peut-être existé sur un mode autre. Nous avons souvent rencontré une hostilité de la part de non-*Daoussahaq* et de la part des *Daoussahaq* eux-mêmes, parfois de

l'intérêt, parfois de la négation, parfois de l'hostilité aussi⁹. Pourquoi donc s'entêter à faire exister ce groupe, là où il semble que personne ne veut qu'il existe ? Par vanité académique ? Parce que le choix est fait et une étude doit se faire là-dessus ?

Parfois nous avions l'impression que les gens craignaient de voir ressurgir une discrimination sauvage contre les *Daoussahaq* si on persistait à vouloir les dévoiler. Certains l'ont dit en presque autant de mots. Reconnaissions que nous ignorons les retombées de cette recherche sur le plan des relations interethniques dans le cercle de Ménaka. Nous ne le croyons pas, cela dit, que le seul fait de cette recherche puisse déclencher un phénomène d'hostilité interethnique (à l'échelle, par exemple, de ce qui s'est vu dans les régions dites du Nord du Mali ces dernières années). Mais cette crainte exprimée par un nombre significatif de personnes signale, à tout le moins, la présence d'un problème réglé il n'y a pas si longtemps et dont les plaies ne sont pas encore définitivement guéries. L'autre aspect problématique du « faire exister » est, bien sûr, que le fait de solliciter les *Daoussahaq* sur la question de leur identité, stimule chez eux une réponse correspondant non pas à ce qu'ils sont « vraiment » mais à ce qu'ils croient qui me ferait plaisir. Nous avons été leur hôte, en nous intéressant à eux, ils veulent nous donner matière à « parler » ou à « écrire » sur les *Daoussahaq*. Nous ne pouvions alors, nous-même, en état de mesurer l'influence de ces rapports sur les résultats de la recherche. Une sixième limite : celle concernant le statut marginal des anthropologues par rapport à leur propre culture. Pour s'intéresser au métier d'anthropologue, il faut d'une certaine façon être mal dans sa peau identitaire. Particulièrement dans sa peau ethnique. Pour vouloir aller se mettre dans la peau identitaire des autres, il faut être marginal par rapport à l'identité -ou au mode identitaire- dominant chez soi. Cela crée peut-être en général un phénomène de survalorisation de la question de l'identité ethnique par les anthropologues et dans la problématique théorique de l'anthropologie. Enfin, nous croyons qu'il faut se rappeler, dans le cas des *Daoussahaq* comme dans celui de n'importe quel autre peuple dont l'approche de la vie diffère radicalement de la nôtre que, tout anthropologue que nous soyons, nous ne sommes peut-être pas vraiment en mesure de « penser » une autre culture. C'est à ce niveau-là, peut-être, que l'ethnographie est une « fiction », selon les termes des adeptes des *cultural studies* nord-américaines : nous écrivons ce que nous imaginons être les manières de vivre des autres, mais rien ne nous permet d'affirmer que les autres se vivent de cette manière-là. Ce n'est qu'à la jonction de ce qui

⁹ A rappeler les cadres contextuels de notre première enquête à Intifrikawen au détour des conflits *Daoussahaq* et Peul du Niger (2000 à 2001), la seconde au détour de l'épidémiologie du paludisme à Tin Abaw, N'Gouyass, Inékar, Abala, Tidermène, etc. (2005 à 2006), la troisième qui a traité de la prolifération des armes légères (2006 à 2008), la quatrième où il était question de l'esclavage au Mali (2009) et enfin, la dernière qui a traité de la crise alimentaire en 2010.

nous est *Daoussahaq* pour qu'ils demeurent, pour le reste et malgré tout, impensables.

Les limites d'une écriture des identités ethniques en soi

Le double paradigme essentialisme/instrumentalisme hante les études ethniques depuis deux décennies. Exprimé de manière très sommaire, l'essentialisme naturalise le fait ethnique, alors que l'instrumentalisme le considère uniquement comme facteur conscient et construit en vue d'une fin explicite. Il est clair que cette opposition ne peut plus mener à une interprétation adéquate de la complexité des facteurs et des analyses en jeu, cependant, l'immense majorité des analystes continue à s'y référer. Alors que les théories de la question ethnique se sont diversifiées depuis les années 1980 surtout, et que l'instrumentalisme n'est maintenant qu'un courant au sein d'une approche plus large, cette opposition réductrice persiste. Le tableau est encore brouillé par le fait que ni les approches théoriques, ni les niveaux de théorisation ne sont bien distingués ni définis dans la plupart des cas.

Trois niveaux de distinction théoriques doivent être bien campés, et à l'intérieur de chacun, plusieurs approches théoriques distinguées¹⁰. En ce qui concerne la première approche, l'essentialisme naturalise le fait ethnique par le fait de le concevoir comme procédant d'une cause ou d'une source fixe ou innée, en dehors de l'histoire (Calhoun 1995 : 225) : un fait qui ferait donc partie de l'expérience collective, parfois presque mystique, du groupe qu'il est irréductible et impossible à imiter pour qui n'est pas né du groupe. Calhoun précise que cette « source » fondamentale ou essence est considérée par certains comme relevant de la biologie, par d'autres de la psychologie, de la structure sociale, de la théologie, etc. Il n'y aurait donc pas un seul point de vue essentialiste. L'essentialisme colore le plus souvent cette « anthropologie spontanée » du sens commun, pour qui « la culture des autres leur est comme une seconde nature » (Augé 1994 : 15). Cette approche ne complexifie donc pas le fait ethnique en tant que processus, mais s'attarde uniquement à ses manifestations. Dans sa forme « pure », cette vision apparaît dans les travaux

¹⁰ Les niveaux de théorisation sont : la théorie du social, avec en son sein des approches telles que le fonctionnalisme, le structuralisme, le marxisme, l'interactionnisme ou le constructivisme; la théorie de l'ethnicité, comprenant parmi ses approches l'essentialisme, le relationalisme, le déterminisme, et la théorie de l'action ethnique, qui comporte des approches connues comme l'assimilationnisme, la « nouvelle ethnicité », ou les stratégies identitaires. Par « théorie du social » nous nous référons au cadre d'interprétation de l'ensemble des phénomènes sociaux duquel s'inspire un chercheur, et qui le guide dans sa tentative de formuler et d'expliquer leurs interrelations. La « théorie de l'ethnicité » se réfère au concept-générateur qu'utilise le chercheur pour donner un sens à l'existence du phénomène ethnique. La « théorie de l'action ethnique » est le principe choisi par un chercheur pour interpréter la dynamique des agents sociaux dans la dimension « ethnique » de leur existence et qu'il dégage de ses observations.

de Geertz (1976 et 1986) et la plupart des études ethniques en sont atteintes, particulièrement par ce que Calhoun appellera un « essentialisme basé sur la structure sociale » ou la culture. Une vision essentialiste est souvent promue par les mouvements ethniques revendicatifs¹¹. Cet essentialisme politique est peut-être une étape nécessaire dans la construction d'un mouvement, et de plus en plus d'auteurs prétendent que cela est le cas (Dayak, 1992). On retrouve aussi une vision essentialiste implicite dans certains aspects des politiques gouvernementales (l'unanimisme des différents régimes politiques maliens autour de l'irréidentisme Touareg).

La deuxième approche, celle du relationnisme (appelée « constructivisme », « instrumentalisme » ou « volontarisme ») aborde l'ethnicité comme une œuvre sociale produite en fonction de rapports de force, à la fois internes au groupe et entre le groupe et d'autres groupes avec lesquels il est en relation. Ici, on prend en considération, dans les termes de Bourdieu, à la fois les rapports de force et les rapports de sens, les deux dans leur dimension historique. Cette œuvre sociale n'est pas nécessairement consciente chez les acteurs, ni ne comporte nécessairement une finalité ; mais parfois une certaine conscience peuvent être présents. Barth (1969) a introduit la vision relationniste dans le champ des études ethniques, et il existe, depuis lors, un fort courant s'inspirant de son éclairage. L'effet majeur de son insistance sur les relations a été de déplacer l'accent définitif dans l'étude du fait ethnique, le déplaçant de la culture du groupe vers les frontières du groupe, la distinction « nous » « les autres », sa dynamique, ses mécanismes, ses déterminants.

Les interprétations s'inspirant d'un déterminisme de classe, très en vogue au moment de l'indépendance des postcolonies africaines sont peu revendiquées aujourd'hui. Selon cette orientation, on considère que le fait ethnique est tributaire des phénomènes de classe (Burundi, Rwanda, Mali, Niger). Cela peut s'exprimer de plusieurs façons : soit que l'identité ethnique représente un genre de « fausse conscience » qui doit donc être combattue (la version marxiste) ; soit qu'elle est un produit de certaines configurations spécifiques de rapports de classe ou de domination avant tout économiques (Gans 1979 ; Portes et Manning 1985 ; Keïta, 2013vi et vii, 2015) ; soit que l'identité ethnique est une forme déformée de conscience de classe et qu'elle doit ainsi être canalisée dans un mouvement qui intègre la dimension ethnique tout en la subordonnant à une logique de classe (c'est la position de la « gauche » de la plupart des mouvements nationalistes).

¹¹ Cf. les chansons des *Ishumars* dans les camps libyens (1986) ; la première plateforme du Mouvement populaire de l'Azawad (MPA) en 1991 qui a conduit à la signature des accords de Tamanrasset.

En ce qui concerne les approches théoriques de l'action ethnique, l'assimilationisme, développé depuis Park et l'école de Chicago, envisage l'identité ethnique comme un phénomène subordonné aux facteurs culturels dominant (les *Ouelleminden /Daoussahaq* ; *Kel Affela, Idnanes, Ifergumissen, Ireyaten, etc. / Chamanmass* ; *Imrad, etc.*). Le membre du groupe ethnique subira d'abord un processus d'acculturation, adoptant les mœurs et traits de la société dominante ; il sera ensuite assimilé par cette société et la différence disparaîtra à condition de bénéficier d'une certaine complicité de la part de la société dominante. Le degré de réussite de l'assimilation dépendrait en grande mesure des « attitudes » adoptées de part et d'autre, mais surtout chez les « minorités ethniques ». Le caractère linéaire et mécanique de l'approche assimilationniste est mis à nu par l'évolution des groupes ethniques eux-mêmes, qui n'ont justement pas disparu avec le temps. Cependant, cette approche semble encore informer -du moins implicitement- les politiques de la plupart des États face à leurs minorités allochtones autant qu'immigrantes. L'approche de la « nouvelle ethnicité » vient contester le postulat assimilationniste suite à la montée des mouvements revendicatifs sur une base ethnique, particulièrement dans les pays de la bande sahélo-saharienne et dans les pays des grands lacs. De là, ses tenants concluent que l'identité ethnique joue un rôle doublement utile pour ses adhérents dans la société post-industrielle : au niveau socio-affectif, elle va à l'encontre de l'anonymat ; au niveau politico-économique, elle fournit une base « objective » de regroupement permettant d'augmenter l'accès aux « ressources rares » - une base de regroupement qui est plus pertinente que celle de classe dans la société actuelle (Bell 1975 ; Glazer et Moynihan 1975 et Parsons 1975 ; Keïta, 2013vi et vii et 2015). C'est à cette tendance, malgré ses faiblesses théoriques, qu'on doit un début de problématisation de l'ethnicité. Elle réussit notamment à questionner l'approche linéaire, et à mettre en relief les multiples dimensions de la question ethnique en tant que problème identitaire et politique. Finalement, l'approche des « stratégies identitaires » semble, à partir de la fin des années 1970, émerger sur plusieurs fronts à la fois. Diverses sous-tendances co-existent à l'intérieur de cette catégorie, dont le terrain commun est l'idée que les acteurs sociaux construisent activement et continuellement une identité ethnique en fonction de leurs rapports avec d'autres groupes ethniques : il y a donc une certaine part d'inspiration de la nouvelle ethnicité dans cette approche. En gros, *les trois sous-tendances qui peuvent y être décelées sont la situationniste*¹², celle

¹² L'aspect situationniste est exposé par R. COHEN (1978), qui met en lumière le fait que l'identité soit mobilisée et même redéfinie selon que l'enjeu du moment interpelle plus ou moins de personnes.

des « interest groups »¹³, et celle de la « stratégie »¹⁴ telle qu'entendue dans la théorie praxéologique.

Les rapports entre les diverses catégories énumérées sont multiples et non linéaires. Ainsi, par exemple, on ne trouve pas forcément une approche assimilationniste en ce qui concerne la théorie de l'action ethnique identifiée automatiquement avec l'essentialisme comme théorie de l'ethnicité et avec le fonctionnalisme comme théorie du social. Au contraire : les catégories situées à chaque niveau de distinction ne sont pas étanches. Essentialisme et relationnisme peuvent se retrouver chez un même auteur : c'est le cas de Fischer (1986 : 194-233), qui traite l'identité ethnique à la fois de « an idlike force... something about one's essential being... » (196) et de « interweaving of cultural threads from different arenas » (230). Aussi, les trois approches les plus courantes au niveau de la théorie de l'action ethnique sont toutes nées d'une inspiration relationniste : aucune n'est l'héritière directe de l'essentialisme. De surcroît, les liens entre elles sont nombreux et les démarcations floues. Un préjugé assimilationniste, notamment, a tendance à colorer la tradition philosophico-politique libérale dont toutes ces approches sont plus ou moins directement issues. Les approches théoriques du social ne sont pas non plus complètement étanches. Surtout, il est clair que le fonctionnalisme peut envahir, au moins jusqu'à un certain point, toutes les autres catégories, y compris le structuralisme et le constructivisme. Mais le fonctionnalisme s'insinue facilement dans les deux autres niveaux de théorisation aussi, particulièrement par les biais de la réification des processus sociaux et de l'insinuation téléologique. Rendre compte de la variabilité des expériences ethniques mise en lumière depuis quelques années en Afrique, ainsi que dans le cas des *Daoussahaq*, requiert d'une approche inspirée de la combinaison constructivisme-relationnisme-stratégies identitaires. Devenue de plus en plus populaire depuis les années 1980, elle

¹³ L'approche de Breton (1984) est de concevoir la mise en œuvre des stratégies identitaires pour ce qui est de la création de groupes ethniques qui fonctionnent en tant que groupes d'intérêts. Autrement dit, les stratégies ici sont conçues comme étant conscientes et ayant un but (en général, économique ou politique).

¹⁴ La conception de stratégie qui informe certaines autres analyses (ORIOL 1988 ; FORMOSO 1986 ; MEINTEL 1994 ; URBAN et SHERZER 1991) se rapproche davantage de celle que l'on retrouve dans les théories de sociologues comme BOUDIEU et GIDDENS : il s'agit d'une stratégie qui est largement tacite, sinon inconsciente, inscrite dans le corps (« incorporée ») quoique parfois (mais rarement) consciente, articulée; une stratégie qui est le produit de l'habitus, une réponse immédiate et « naturelle » en même temps que construite de fond en comble à partir de l'histoire, collective et individuelle, incorporée chez chaque individu. La stratégie identitaire, de ce point de vue, mobilise et (re)construit un ensemble de symboles et de pratiques dans un mouvement continual de redéfinition par rapport aux autres groupes ethniques et par rapport à l'État. Il ne s'agit surtout pas ici d'une stratégie téléologique, quoique la tentation semble être toujours présente, dès que l'on emploie le mot « stratégie », de la concevoir comme étant générée et orientée par un but clairement identifié.

n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes, et doit être conçue comme *a work-in-progress*, tant au niveau théorique qu'aux niveaux analytique et interprétatif. En particulier, les concepts et outils théoriques demeurent souvent trop flous et peu cohérents avec les principes qui guident la théorie. En effet, l'ensemble de ces nouvelles problématiques était déjà esquissé chez Barth (1969), fait qu'on a trop souvent aujourd'hui tendance à oublier¹⁵.

Depuis Barth, il y a eu une problématisation plus large et plus profonde des diverses composantes de l'identité ethnique et des dimensions du contexte global qui lui sont pertinentes, en particulier le temps historique, l'espace social, l'espace géographique et l'espace national. Il faut signaler que les percées de Barth et ses collègues ont été récupérées et réinterprétées non seulement par l'école constructiviste, mais aussi par les fonctionnalistes. La distinction entre les deux tendances n'est pas toujours faite par les auteurs, ce qui contribue à entretenir un manque de rigueur théorique dans ce domaine.

Les dimensions espace-temps dans l'analyse ethnique

Il est curieux, et révélateur de ce laxisme méthodologique, qu'un seul auteur semble s'être arrêté sur l'évolution et les transformations du concept d'ethnicité à travers le temps. Il s'agit de Cohen (1978), qui souligne que l'utilisation répandue du terme ethnicité en anthropologie à partir des années 70 correspond à un changement de paradigme plus large, lié au contexte politique et social global. L'anthropologie, comme plusieurs autres

¹⁵ Pour BARTH (1969), le déplacement qui a pour effet d'éloigner le contenu culturel pour porter l'attention vers la frontière ethnique renvoie au décentrage. Ce décentrage mène à la fois à une problématisation de la frontière et à une affirmation de son rôle déterminant dans la génération de la différence ethnique. De telle thèse représente une rupture radicale par rapport à la tendance dominante jusqu'alors, qui présumait le contenu culturel comme définissant le groupe ethnique et que de tels groupes se seraient constitués essentiellement en isolement les uns par rapport aux autres. Selon cette perspective, la frontière devient l'élément qui définit et qui maintient le groupe par un processus « continu d'expression et de validation ». La frontière ainsi n'exerce pas non plus un effet contraignant sur le « matériel culturel » du groupe. La frontière peut donc se maintenir malgré des changements significatifs du « contenu ». Les concepts clefs des nouvelles approches de l'identité ethnique sont : la création de l'identité en interaction avec l'Autre, le caractère symbolique des marqueurs identitaires, le rôle déterminant de la frontière dans la constitution et le maintien du groupe, la fluctuation possible du contenu culturel indépendamment de la frontière, et le maintien de la frontière par une action constante de renforcement. L'identité est ici présumée constante et les frontières univoques, alors qu'à la lumière du travail fait depuis dans un cadre constructiviste plus explicite, on examinera les deux en tant que processus variables et parfois éclatés. De la même manière, le « contenu culturel » du groupe est maintenant approché comme un ensemble de pratiques, un traitement moins réificateur que celui qui est insinué par Barth. Enfin, une lacune majeure de cette vision de l'identité ethnique est le manque de référence au rôle de l'État dans la constitution, le maintien, la modification, la mobilisation des identités.

disciplines est alors fortement interpellée par les mouvements d'affirmation nationale dans les postcolonies. Elle l'est aussi par leur remise en question du rôle que l'anthropologie aurait joué comme alliée du colonialisme, par la remise en question de l'approche objectiviste occidentale à laquelle participait l'anthropologie. Cela a eu pour conséquence d'ébranler la vision classique de la discipline, qui a dû ainsi s'ouvrir à la reconnaissance, entre autres, du fait que les sociétés sont inter-reliées, et que les différenciations sociales existent dans toute société. La notion d'ethnicité cadrait bien à première vue avec ces nouvelles préoccupations car elle se prêtait à une utilisation dans tous les contextes en même temps qu'elle légitimait l'appartenance ethnique comme base d'affirmation de droits collectifs et de différenciation égalitaire. Calhoun (1993 : 230) signale qu'avec ce passage de tribu à groupe ethnique, cependant, un aspect crucial du fait ethnique a tendance à être perdu de vue, à savoir la centralité des relations de parenté et de communauté dans la construction de l'identité ethnique. On tend à concevoir les groupes ethniques ainsi que la « nation » en tant que « sets of equivalent persons » plutôt que des « webs of relationships ». Ce que Cohen ne signale pas et qui constitue un problème encore peu reconnu dans le domaine, est le phénomène de malentendus conceptuels qui semblent être dus à l'utilisation parallèle dans plusieurs disciplines des sciences sociales, préoccupées avec des contextes en général très différents et animées par des objectifs de recherche divergents, de cette notion que toutes appellent ethnicité. Le fait que les anthropologues aient été concernés principalement par des sociétés préindustrielles où les différents groupes humains présents apparaissent comme stables et étanches, alors que les sociologues se sont intéressés presque exclusivement à des groupes issus de déplacements migratoires dans le cadre de sociétés industrielles influe, nous semble-t-il, sur l'état pré analytique (qui demeure souvent in-analysé) des présupposés des uns et des autres concernant la nature de l'identité ethnique. Ainsi, les anthropologues ont tendance à supposer une « base objective » à la constitution du groupe et de son identité alors que, de leur côté, les sociologues tendent à concevoir le groupe (ethnique) comme nécessairement minoritaire et dominé, et son identité constituée en fonction d'intérêts plus ou moins immédiats. L'espace social comme contexte de l'analyse de la question ethnique est abordé de manière inégale et peu systématique par les auteurs. Les analyses de la question ethnique « oublient » souvent que les classements pratiques sont toujours subordonnés à des *fonctions pratiques* et orientés vers la production d'*effets sociaux* : autant les représentations pratiques que les représentations scientifiques peuvent contribuer à créer ce qu'elles désignent. Ainsi, la différence ne devient signe et signe de distinction que si on lui applique un principe de vision et de division. D'où l'insistance de Bourdieu pour que le chercheur construise ses catégories à partir de l'analyse du réel, et

qu'il n'adopte pas simplement celles maniées par les acteurs. Le monde social se construit collectivement mais à partir des représentations et des positions occupées par les acteurs : cet espace social est « plein » ; traversé, marqué, structuré par la trace des luttes dans le temps et dans son espace. Les instruments d'analyse du chercheur doivent par conséquent être construits sur la reconnaissance de la nécessité et de la logique de la pratique, et non pas contre elles. Ici intervient le concept d'*habitus*, comme instrument d'interprétation du positionnement à la fois individuel et social des acteurs et de leurs propres interprétations de ce positionnement.

L'espace géographique est très rarement abordé comme dimension théorique de l'analyse ethnique. Deux aspects de cette dimension sont pourtant pertinents : celui de la délimitation de l'espace comme enjeu de luttes symboliques et pratiques (Bourdieu 1980c) ; celui de l'espace conçu non pas comme une grille neutre mais comme étant lui-même construit et traversé par des rapports de pouvoir et de sens (Gupta et Ferguson 1992 : 8). Dans cette optique, l'espace devient « lieu », un endroit socialement constitué non seulement par sa position physique, mais par des rapports de forces historiques et actuels.

Ce phénomène rejait évidemment sur les pratiques et les discours des acteurs : « L'assignation à territoire... est, en matière d'idéal de contrôle social, l'équivalent pour les macro-sociétés de ce qu'est la prison pour la micro-société des déviants. Les jeunes issus de l'immigration expriment spontanément par des métaphores spatiales, devenues progressivement banales, l'impossibilité de rapporter leur situation à des normes socialement acceptables » (Oriol 1986 : 133).

La « globalisation » en tant que dimension actuelle de l'espace socialement construit a interpellé l'anthropologie à un point tel que J. Fabian (1993 : 53) a été amené à poser la question suivante : «[A]re we witnessing a shift from a temporal root metaphor of sociocultural development (through stages of evolution) to a spatial image (of migration and circulation)?».

Le terrain est vaste et soutient l'émergence de plusieurs concepts encore peu approfondis, tels : créolisation, branchements, *hyperspace*, transnationalité, déterritorialisation, etc. Toutes ces notions, et les questionnements qui sont à leur origine, surgissent à la suite des grands changements technologiques et démographiques des vingt dernières années, en particulier le développement phénoménal des communications en tant qu'industrie et en tant que mode d'organisation de la production et les énormes mouvements de population, particulièrement des pays du Sud vers ceux du Nord. Cette nouvelle phase de déploiement du capitalisme à l'échelle mondiale amène le Nord au cœur du Sud (les communications, les aller retour des émigrants et la fragmentation de la production industrielle à une échelle internationale), et le Sud au cœur du Nord (via les chaînes cryptées,

les déplacements massifs de travailleurs et, dans une moindre mesure, des réfugiés); ce faisant, elle bouleverse la donne culturelle et questionne le paradigme anthropologique de « la culture » (dans la mesure où il était basé sur une prémissse de relative stabilité spatiale). Dans cette veine, Augé fait remarquer à quel point cette transformation interpelle un mode jusqu'ici généralisé de concevoir l'Autre -et par le fait même, de se concevoir- un mode qui dépendait *lourdement de la stabilité de l'identité de l'Autre* : « C'était la stabilité de l'autre qui rendait l'identité concevable et facile... Faute de penser l'autre, on construit l'étranger » (1994: 171-172). *La déterritorialisation vise à rendre compte justement de cette instabilité croissante du « link between space, stability, and cultural reproduction », précisant en particulier que le lieu de la reproduction de l'identité ethnique « is no longer tightly territorialized, spatially bounded, historically unself-conscious, or culturally homogeneous »* (Appadurai 1991: 192-191). Appadurai plaide en faveur d'un nouveau concept spatial (*ethnoscape*) pour désigner le lieu de la reproduction identitaire qui, remplaçant des concepts réifiés comme « village », « tribu », « communauté », etc., permettrait d'opérer une confrontation explicite entre l'histoire d'une identité (entendue comme contexte) et sa généalogie (lire « trajectoire construite »). La transnationalité¹⁶ et son complément, la transethnicité¹⁷ (Meintel 1993 : 5-6), sont des processus à l'œuvre à l'intérieur de ces « ethnoscapes ». *Borderlands*, au contraire, est une notion qui conteste celle de déterritorialisation : au lieu de voir une absence de lien avec un territoire, *borderlands* représente une reconstitution d'un espace social de type différent, en postulant « an interstitial zone of displacement and deterritorialization that shapes the identity of the hybridized subject » (Gupta et Ferguson 1992 : 18), un lieu composé à partir des fragments de territoire auxquels le sujet a affaire. Contrairement à des frontières, les *borderlands* sont des « lieux composés » -voire des intersections, ambivalentes plutôt que séparatrices univoques- habités par des sujets participant à plusieurs traditions identitaires en même temps. Ces auteurs affirment que ce n'est pas à une déterritorialisation que l'on assiste, mais plutôt à une forme de reterritorialisation -ou à une forme différente de territorialisation- à la fois de l'espace et de l'identité. S'inscrivant en faux contre les tenants de l'école post-moderniste, Giddens considère ce processus de déconstruction/reconstruction du rapport temps/espace comme un élément fondamental de la « haute

¹⁶ La transnationalité est le maintien, par des immigrants, d'assises dans le pays d'origine ; elle peut même prendre la forme d'échanges soutenus (commerciaux, surtout).

¹⁷ La transethnicité, ce sont des solidarités construites entre plusieurs groupes culturellement et structurellement semblables dans le nouveau pays de résidence. En plus de procurer de nouvelles ressources aux immigrés (*ibid.* : 19), la transethnicité pourrait mener à des modifications du processus de reproduction identitaire.

modernité »¹⁸. L'analyse de Giddens permet de saisir un processus d'homogénéisation structurelle, mais non nécessairement formelle, des conditions de reproduction du capitalisme, induisant notamment un effet de délégitimation de l'État. En ce qui concerne les identités, il en résulte une sorte de « décentrage » (Turner 1993: 423) -une reconnaissance mais non nécessairement une légitimation de la relativité des identités culturelles et ethniques- qui donne lieu à son tour à l'émergence d'une demande de reconnaissance de la valeur égale des différentes identités (Taylor 1992: 66). Stuart Hall (1992) lie ces changements aux transformations produites dans la conception de l'identité par le développement de la modernité. Que ce décentrage puisse mener à une tentative de fixer plus précisément les identités dominantes (Sayad 1991) est amplement illustré par les débats actuels en Europe sur le traitement à accorder aux immigrés et aux réfugiés. Il s'agit donc aussi de phénomènes de pouvoir : cela doit être explicitement intégré au traitement des phénomènes spatiaux car, comme le rappelait Fabian (1993: 57), l'obnubilation actuelle dont la globalisation fait l'objet a tendance à déguiser la dynamique économique et politique d'inégalité et de pouvoir qui la sous-tend.

La capacité de l'État à imposer une définition légitime de l'identité se trouve de plus en plus mise à l'épreuve dans ce processus. De plus, la nation « n'apporte plus le cadre symbolique et territorial à l'intérieur duquel peut s'opérer la modernisation... » (Wiewiora 1993 : 61). L'accroissement des contradictions de la gestion de l'identité par l'État l'affaiblit, sans laisser entrevoir d'autres solutions. Et Oriol de souligner une nouvelle ouverture possible : « Ce qui apparaît au revers de cette incapacité croissante pour l'État de se dire d'emblée comme le lieu légitime de l'expression de tous, ce n'est pas l'émergence d'une forme mondialisée d'existence collective, c'est le renforcement de la possibilité de dire son appartenance, de la promouvoir, de la développer, de la revendiquer indépendamment de la légitimité officielle » (1984 : 50).

Malgré cette incapacité croissante de l'État, il demeure crucial d'aborder l'ethnicité en lien avec l'espace national, et ce sous deux angles. D'abord, la question du statut relatif des concepts de nation et d'ethnie : certains prétendent que l'ethnie est un genre de « nation à rabais » (Amselle 1990 : 18), une nation manquée en quelque sorte, un groupe à vocation nationale mais à qui il manque certains attributs essentiels pour pouvoir réaliser ce projet (Wiewiora 1993 : 102) et, ainsi que par Gallissot (1987 : 22), pour qui

¹⁸ “The dynamism of modernity derives from the separation of time and space and their recombination in forms which permit the precise time-space “ zoning ” of social life; the disembedding of social systems...; and the reflexive ordering and reordering of social relations in the light of continual inputs of knowledge affecting the actions of individuals and groups” (1990 : 16 et 20).

l'ethnicisation est la conséquence de l'exclusion du « bénéfice supérieur » qu'est l'identité nationale. C'est la position « naturelle », de la plupart des études ethniques, tellement est enracinée en Occident la notion que l'aboutissement normal de l'histoire d'un peuple est la création d'un Etat-nation. Cette notion est ensuite inversée par Gallissot (1993 : 164), qui affirme que « ... la nation m'apparaît comme la dernière catégorie ethnique... », comme elle l'avait déjà été par Bernier (1983: 126) qui considère la nation comme une construction sur la construction ethnique, mais qui la transforme par le fait même d'oeuvrer dessus. Ici, la nation en tant que forme de construction ethnique, fait appel à des impératifs d'homogénéité et d'endogamie (entendue au sens large de maintien des réseaux relationnels dans les limites du groupe). Cette approche rejoint celle de Calhoun, pour qui nation et fait ethnique sont deux catégories fondamentalement distinctes. Du point de vue de cet auteur, il n'y a pas de continuité observable entre fait ethnique et nation, en dépit du fait que les « claims to nationalism are often rooted in a rhetoric of preexisting ethnicity » (1993 : 214). L'histoire (l'existence antérieure d'une identité commune), construite de manière rétrospective, est ici mobilisée pour démontrer la légitimité du discours nationaliste. Cette question du lien entre fait ethnique et la raison d'État est soulevée par un bon nombre d'auteurs (Amselle 1990, Fabian 1993, Gallissot 1987, 1993, Guillaumin 1992, Hobsbawm et Ranger 1983, Oriol 1979, 1984, 1985, Sayad 1991, Urban et Sherzer 1991, B. Williams 1989, Keïta, 1998, 1999, 2013vi et vii et 2015). Il s'agit en particulier du problème du rôle de l'État dans la fixation des identités et dans la définition de l'altérité par un processus de construction idéologique sur la base d'une histoire « éditée », fonctionnalisée et naturalisée, ce que l'on convient maintenant en sciences sociales de qualifier de « récit ».

La question de la nature « objective » du groupe renvoie à la mise en garde de Giddens mentionnée plus haut : le groupe ethnique, comme la classe sociale, n'est pas une réalité concrète sinon un construit analytique. Dans la réalité sociale, il n'y a que des manifestations partielles qui peuvent être catégorisées comme faisant partie de ce qui est désigné par le concept groupe ethnique. Aucune manifestation concrète d'un groupe ethnique, peu importe à quel point elle est explicite, ne recouvrira l'ensemble du phénomène désigné par groupe ethnique. En ce qui concerne l'idée des phénomènes ethniques comme étant produits de relations de domination, cela donne une vision trop passive de la dynamique de production ethnique. Identité et groupe ethniques sont produits dans le contexte de rapports sociaux nécessairement hiérarchisés, mais ne sont pas exclusivement déterminés par la domination. Pour cerner le phénomène ethnique, en revanche, il est important de s'arrêter

sur la question des marqueurs¹⁹, constitutifs de la frontière, car l'élément de « différenciation significative » est central aux phénomènes ethniques et indique le caractère fondamentalement symbolique de ces processus. Augé dira que c'est « la logique symbolique qui rend possibles et effectives les relations entre les uns et les autres » (1994: 53). Les marqueurs sont construits selon un processus en général implicite, avec des moments de cristallisation progressive du consensus par l'intervention explicite d'acteurs collectifs ou de représentants de la collectivité. Oriol discerne un double aspect -subjectif et objectif- à ce processus d'identification duquel émergent les marqueurs²⁰. L'État -pour qui l'existence ou non du groupe est souvent un enjeu politique- produit un effet important à ce dernier niveau par son invention de traditions (Hobsbawm et Ranger 1983 : 1-14) et par la légitimité que son pouvoir symbolique confère à ces marqueurs. Calhoun apporte une précision importante à la notion de tradition inventée, en soulignant que son caractère inventé ne la rend pas moins réelle ni valide car, après tout, toute tradition est créée, aucune n'est primordiale (1993: 222) : elle est le résultat de la convergence de tous ces processus.

L'identité ethnique produite ou construite

L'idée que les phénomènes ethniques sont produits plutôt que donnés ou naturels continue à être développée par les chercheurs suivant la logique des « stratégies identitaires ». Ce travail donne lieu à de nouvelles perceptions de la complexité de cette problématique, voire de la complexité du processus

¹⁹ Les marqueurs sont justement ces traits culturels auxquels les acteurs confèrent un sens particulier, un sens qui permet d'effectuer le tri, de coller l'étiquette et, partant, de se montrer distincts. Les marqueurs ne sont pas la réflexion telle quelle de la culture du groupe, mais plutôt « a work-on-culture » (BEAUCAGE 1994). Ils ne sont pas, comme le voudraient les tenants de l'approche essentialiste, un reflet « naturel » des traits ou du contenu culturel du groupe. Les marqueurs sont un ensemble dynamique de traits sélectionnés en fonction des rapports avec les autres groupes, et utilisés comme critères de classement (membre ou non-membre du groupe) (BARTH 1969). PERESSINI (1991) distingue trois étapes à ce processus d'assignation : sélection, schématisation et systématisation / totalisation. Il est particulièrement important d'approcher les marqueurs en tant que système (ouvert et dynamique), plutôt que comme série de traits disparates et arbitraires. Mais si les marqueurs constituent un système, il s'agit d'une sorte de système dans un système, car leur signification ne vient pas surtout des relations entre eux, mais du système de significations plus large dans lequel ils sont enracinés (DRUMMOND 1980). Le fait d'ériger un trait culturel en marqueur change sa nature et sa dynamique, surtout en vue de la valeur symbolique que le trait charrie une fois désigné comme marqueur (Moreno 1985b). Cependant, pour être « légitimes » aux yeux des membres du groupe, les marqueurs doivent pouvoir garder leur caractère « naturel » ou alors subir un processus de re-naturalisation ou d'intériorisation chez les acteurs.

²⁰ « ... toute dimension objective qui caractérise le groupe national et/ou culturel peut être intériorisée pour être reprise comme signifiant l'identité subjective ; toute expression subjective -discours, mentalité, pratique culturelle- peut être objectivée pour attester de l'existence incontestable du groupe » (1984 : 91).

même de production de ces phénomènes. Tandis que certains abordent la question de la production de « l'ethnique » sous l'angle des classements opérés par les membres du groupe (Peressini 1991 : 43), d'autres mettent davantage l'accent sur les interventions externes.

A l'instar d'Amselle (1990 : 22), ils insistent sur le fait que « l'invention des ethnies est l'œuvre conjointe des administrateurs coloniaux, des ethnologues professionnels et de ceux qui combinent les deux qualifications ». Assez caricaturale, cette position fait néanmoins référence à un problème réel : car en prenant comme objet d'étude l'identité ethnique, on renforce l'existence de l'objet et l'intérêt du chercheur. De plus, Amselle relève comment l'assignation de différence à l'autre est un élément constitutif de l'affirmation de l'identité propre. Cependant, l'affirmation que « chaque société a besoin d'une altérité dévalorisée pour créer sa propre identité » déforme l'affirmation que toute identité est construite en interaction avec les « Autres significatifs » (Taylor 1992 : 33). Les deux niveaux d'interaction, interne et externe, ont une incidence sur la production de l'identité, sans doute dans des proportions qui varient selon les cas. Oriol (1988: 170) met en lumière cet aspect de la production identitaire en faisant allusion à comment elle « combine des aspects de défense et d'affirmation, précisément parce qu'elle s'adapte à des situations diverses et surtout parce que les différentes identités dans les sociétés modernes se trouvent fortement en interaction... ».

S'agissant d'un phénomène surtout subjectif pour les acteurs, le niveau interne au groupe est déterminant. Sans adhésion des sujets, il ne peut y avoir identité. Plus encore, le fait ethnique contribue à constituer le sujet. L'identité est toujours, par ailleurs, un phénomène instable : c'est un consensus fragile, polysémique et diversement interprété, produit des rapports de forces et de sens au sein du groupe autant entre le groupe et les autres. Différents aspects, niveaux, intensités d'identité peuvent être « mobilisés » par les sujets en fonction des contextes ou des enjeux en présence.

Amselle (1990 : 65) va plus loin. Il propose que l'identité ne soit autre chose qu'une entente sur un terrain de débat commun : « ... pour qu'il y ait identité, société, culture ou ethnie, il n'est pas nécessaire que les agents se mettent d'accord sur ce qui définit cette culture : il suffit qu'ils s'entendent pour débattre ou négocier sur les termes de l'identité, sur ce qui la fonde comme problème. En d'autres termes, on peut avancer que l'identité c'est l'accord sur l'objet même du désaccord ».

Il faudrait cependant préciser que l'identité a ceci de particulier qu'elle apparaît aux acteurs comme faisant l'objet d'un accord généralisé, alors que les négociations se font de manière imperceptible, discontinue mais continue. Augé (1987 : 22) arrive à véhiculer cette idée en décrivant la culture comme « la zone imposée de consensus sur les règles du je (du

jeu)... ». Ainsi, la sentence populaire véhiculée en dehors de la société ne dit-elle pas qu'ils seraient les descendants des juifs sahariens !

De la même manière, pour Calhoun (1993 : 223), le fait (social) ethnique fournit un cadre discursif à l'intérieur duquel les sujets négocient le sens. Cette approche de l'identité ethnique est radicalement opposée à l'approche essentialiste en ce qu'elle rejette la conception de l'identité en tant que signe référentiel (Turner 1993 : 418).

Cette instabilité, cette multiplicité ne signifient cependant pas que le processus de construction est totalement arbitraire et amorphe. La différence n'est pas unitaire, mais plutôt sujet à diverses interprétations au sein du groupe, ces luttes et divergences étant elles-mêmes constitutives de l'identité. Calhoun considère de surcroît que l'ère moderne apporte un changement qualitatif à la dynamique de construction des identités (1995 : 196). Augé, quant à lui, rappelle non sans raison qu'aucune unité d'étude, aucun segment observable de la réalité sociale, n'est homogène en ce qui concerne les identités des acteurs ; il cite volontiers la pluralité du moi, comme en témoignent les multiples reconfigurations des chefferies *Daoussahaq* et l'auto désignation de notables dans plusieurs localités du cercle de Ménaka à Tin Hamma en passant par Talataye et ailleurs.

Il semble y avoir une certaine tendance dans la littérature récente, particulièrement chez les tenants du post-modernisme, à identifier la multiplicité de dimensions de l'identité ethnique comme un phénomène nouveau dont l'apparition serait liée à la dynamique spécifique de la société post-moderne. D'autres lient la complexification progressive des choix identitaires aux nouvelles formes de déploiement du capital à l'échelle mondiale. Celles-ci auraient provoqué l'expansion de la gamme de modes possibles d'expression identitaires, fruit de l'effet de dégagement progressif des réseaux dans lesquels participe le sujet. Alors que ces réseaux étaient autrefois en général superposés (parenté, éducation, travail, gouvernance, etc.), l'avènement de la modernité les détache les uns des autres, voire les fait brusquement éclater.

En effet, si l'identité est avant tout un moyen de tri (Devereux 1972) permettant de choisir parmi un nombre infini -et donc ingérable- d'identités possibles (Peressini 1991), alors, la multiplicité des dimensions de l'identité n'est autre chose que la face cachée de la médaille de l'identité triée. Et cette face est cachée non pas principalement comme résultat de la pratique des acteurs, mais surtout comme effet de l'analyse : le regard anthropologique a longtemps eu tendance à imputer une « homogénéité ontologique » à l'identité ethnique, figeant dans le temps et l'espace social théoriques des identités en mouvement constant. S'il est vrai que c'est l'acte de catégorisation qui crée l'identité, dans le cas de l'identité ethnique cet acte est (au moins)

double : d'une part, la catégorisation opérée par les sujets et, d'autre part, celle établie par l'analyste.

La multiplicité des fils du tissu identitaire a été signalée tant en ce qui concerne les sociétés traditionnelles que la société industrielle. Augé (1987: 17-20), par exemple, raconte que dans les sociétés lignagères d'Afrique le « moi » est conçu comme pluriel, relationnel et relatif, et au niveau de l'individu deux principes s'enchevêtrent, l'un identitaire et l'autre relationnel. Ces principes s'appliquent aussi au niveau du groupe, et même au niveau du corps physique, vu comme étant constitué d'une pluralité interne. Chacune de ces entités est traversée par la tension entre être et relation, et cette même tension est exprimée dans les personnages des dieux. Cependant, il n'y a pas d'accord sur la signification analytique de ce phénomène : s'agit-il d'une synthèse originale chez chaque individu (Gallissot 1987: 14), d'une double allégeance (Oriol 1989: 121), du surgissement d'une identité différente selon les situations (Royce 1982: 1) ou éventuellement de l'émergence d'une nouvelle identité immigrante (Meintel 1989: 90) ? Voilà un indice de l'urgence de renouveler le regard en suivant la piste esquissée par Gallissot (1987: 16). Il signale que l'acteur maintient l'unité de son identité (multidimensionnelle) en choisissant un référent qui peut varier selon le contexte, tandis que cette plasticité échappe au regard anthropologique qui, lui, procède à l'identification et fige ainsi la représentation d'un processus dynamique. La priorité devrait donc être de porter le regard vers le processus d'identification active et conflictuelle.

Récemment, nombre de chercheurs ont mené des réflexions sur la structure de l'identité sociale dans une autre direction, celle de l'intersection de divers types d'identité -particulièrement, identité de classe, identité de genre et identité ethnique-. Tous les trois ont un caractère impératif (Keita 2005). En général, cette nouvelle préoccupation est issue d'une approche genre (Bottomley *et al.* 1991) mais on arrive rarement à approfondir d'une part le contenu des trois identités et, d'autre part, la relation entre elles et, particulièrement chez les *Daoussahaq*.

Ces derniers, par exemple, depuis l'avènement de la démocratie multipartite, se trouvent tirailler entre le maintien des anciennes alliances tribales et s'ouvrir au monde en devenant leur propre héraut. Ainsi, en inscrivant le procès de leur prise en charge, d'un point de vue politique, ils voudraient désapparir d'avec les Ouelleminden depuis la mort du vénérable Madhik de Tin Abaw, à cela conjugué à des faits d'importance tels : des difficultés pour le régent à fédérer les différentes tribus alliées ; la volonté d'autonomisation ou de séparation entre les gens de Ménaka d'avec ceux de Talataye sur fond d'accès ou de branchemennt au pouvoir d'Etat ; l'avènement d'une nouvelle génération de jeunes lettrés de l'école française et ayant fait cause avec des mouvements autonomistes et la nécessaire valorisation du

dividende démographique en terme électif et du poids économique incontestable du groupe.

Tous ces éléments confèrent au groupe une stature de classe. *A contrario*, la configuration d'une identité de genre se bute sur la liturgie islamique dominante et assez matinée par le groupe et les velléités de parricide chez nombre de jeunes. Enfin, les différences statutaires tribales mitigent la consécration d'une identité ethnique propre, partagée et véhiculée au-delà de la langue (*Tadaksahak*).

Moreno (1991) pense que ces trois principes fondamentaux agissent au niveau de chaque individu pour produire une identité globale. Il définit chacune de ces identités, cependant il ne va pas jusqu'à expliquer ni à illustrer leur articulation. Est-ce que l'on considère que les trois identités interagissent pour produire une identité synthétique ou alors que l'une ou l'autre se manifeste selon les situations ? Cette trilogie identitaire est une piste prometteuse, mais pour l'instant elle reste peu développée et applicable pour les *Daoussahaq*.

En somme, toute identité est symbolique : voilà le constat central d'une approche non essentialiste. C'est dire que toute identité est une manière d'organiser la différence et de la rendre significative, de « faire du sens ». Selon Augé, c'est la logique symbolique qui rend possibles les relations entre les uns et les autres et fonde donc à la fois l'identité et la frontière. La symbolisation est le moyen de l'unité du groupe (Augé 1994). C'est aussi une spécificité de toute activité humaine. Un regard porté sur l'identité devrait se pencher sur l'activité rituelle du groupe (pastoralisme, commerce), car cette activité « a pour objet essentiel la conjugaison et la maîtrise de cette double polarité (individuel/collectif, même/autre) », et de reproduire ou de renouveler les identités par le biais de ce double jeu (Augé 1994 : 51).

*
* *

En conclusion, nous retenons que le caractère variable, fuyant de l'identité ethnique exige la plus grande précision dans le choix et le maniement des concepts et des outils analytiques que l'on emploiera à le construire et à l'interpréter. Il est ainsi du devoir de l'analyste de rendre le plus possible son positionnement et ses intérêts par rapport à l'objet et les outils qu'il entend mettre en œuvre dans le processus d'interprétation. La réflexion critique en sciences sociales sur la construction de l'objet d'analyse est fortement influencée par des courants de pensée prenant racines dans l'ethnométhodologie, la phénoménologie et la théorie praxéologique. Liée donc à un ensemble plus vaste d'interrogations concernant la « construction sociale de la réalité », la construction de l'objet suit une démarche

délibérément consciente devant tenir compte de la présence externe du chercheur à l'intérieur de son objet (donc, ayant un effet sur celui-ci) et de rendre explicite cette présence. L'objet de recherche est ainsi conçu comme étant constitué par le chercheur, à travers l'ensemble de questions théoriques qu'il pose à son endroit. Cette construction doit être entreprise pour chaque objet d'étude individuellement, mais aussi se fait progressivement, à mesure que le chercheur cerne son objet. Calhoun (1995 : 65), suivant Bourdieu, compare ce processus à celui par lequel un colon doit « gagner » des terres sur la « nature » : un processus laborieux qui consiste à défricher et à cultiver pour faire émerger l'objet et le mettre en valeur progressivement.

Deux préoccupations ont principalement primé dans la discussion sur la construction de l'objet, soit celle qui concerne la projection du chercheur au sein de l'objet, et celle du caractère construit, plutôt que donné, de l'objet. De l'examen de ces deux aspects, surgit un troisième, rarement explicité, qu'on désignera par « lutte des classements ». Ce troisième aspect concerne le fait que le processus de construction de l'objet doit être replacé dans le contexte aussi des intérêts des chercheurs, et l'influence incontournable qu'aura sur ce processus l'état particulier du rapport des forces au sein du champ universitaire, tout comme la position qu'y occupe le chercheur. Augé aussi insiste sur le danger qui consiste, pour l'anthropologue, à confondre son propre point de vue avec celui de ses sujets d'étude. Il souligne, en particulier, que les « autres » aussi pensent leurs relations, mais différemment de l'anthropologue : la structuration, le sens imposé par lui, n'existe pas comme telle chez les acteurs; mais on tend à prendre pour acquis les raccourcis que le chercheur construit à leur égard et donc à durcir, homogénéiser, réifier l'altérité (1987 : 15). Non seulement les autres pensent-ils leurs relations, mais ils pensent aussi leur relation avec le chercheur et avec son objet d'étude. Il faut donc tenir compte dans la notion du réel (dans la construction de l'objet) de la lutte des représentations : des luttes pour la définition de la réalité. Plus largement, on ne peut espérer dépasser les limites de la vision de l'espace de jeu qu'a le chercheur, inévitablement positionné, que par la construction du jeu dans toutes ses dimensions. Et même là, ce dépassement n'est que provisoire.

C'est le point de vue qu'exprime aussi S. Harding lorsqu'elle écrit : « Une science (...) objective, qu'elle soit naturelle ou sociale, sera celle qui inclut un examen conscient et critique de la relation entre l'expérience sociale de ses créateurs et les types de structures cognitives privilégiées par sa démarche » (cité par Stengers 1993/1995 : 29).

S'interroger sur l'objet, c'est « s'interroger sur le statut social et scientifique de ce même objet » (Sayad 1991 : 20), envisager à la limite toutes les données comme des « produits pré-construits d'une étape antérieure de la science » (Bourdieu et Wacquant 1992b : 236). La mise en garde de

Meintel (1993 : 8) à l'effet que le point de départ de toute recherche devrait être que ni l'existence ni la forme de l'objet ne sont données d'avance, souligne aussi le lien intime entre le mode de construction de l'objet et l'intérêt du chercheur, puisque l'existence même de l'objet est un intérêt majeur du chercheur. De là, l'attention extrême qui doit être portée par celle-ci à sa démarche d'auto-analyse pour s'assurer de ne pas *faire exister* cet objet par son seul intérêt de chercheur. En conséquence, l'objectivation doit poser des bases pour des théories nécessaires à la construction interprétative. Cela exige, en premier lieu, une double théorie du rapport théorique à la pratique (la posture savante) et du rapport non théorique à la pratique (le rapport du sujet) (Bourdieu 1987 : 31). L'objectivation de la démarche analytique n'a pas uniquement pour but d'atténuer l'arbitraire du rapport chercheur-sujet, mais aussi de résister cette démarche elle-même dans le contexte de la construction sociale du savoir et, par-là, de la réalité sociale. Tout comme au sein des champs de Bourdieu, il existe un débat continu, interne au groupe ethnique, sur l'emplacement et la nature de la frontière : qui fait partie des joueurs et quels sont les droits d'entrée au jeu. La résolution de ce débat est toujours provisoire et se produit par l'imposition de la vision des joueurs hégémoniques au sein du groupe. Les droits d'entrée (marqueurs et autres pratiques rituelles, en ce qui concerne l'identité ethnique) fluctuent, se modifient, en fonction du rapport de forces dans le groupe et avec l'extérieur et, par conséquent, son interprétation des relations avec ceux qui n'en font pas partie. Bien que les diverses communautés ou sociétés établies dans une aire géographique donnée puissent présenter des caractéristiques culturelles formant un continuum, ce continuum est découpé -de manière qui sans doute varie d'un groupe à un autre- par l'intervention des acteurs collectifs eux-mêmes, et l'endroit du découpage, plus ou moins précis selon les cas, constitue la frontière, fonction d'un type spécifique de lutte de classement.

RÉFÉRENCES

- ADAMS R., 1991, "Strategies of Ethnic Survival in Central America": 181-206, in: G. Urban et J. Sherzer (dir.), *Nation-State and Indians in Latin America*. Austin: University of Texas.
- AMSELLE J.-L., 1990, *Logiques métisses. Anthropologie de l'identité en Afrique et ailleurs*. Paris : Payot.
- AMSELLE J.-L., 2001, *Branchements. Anthropologie de l'universalité des cultures*, Paris : Flammarion.
- APPADURAI A., 1991, "Global Ethnoscapes: Notes and Queries for a Transnational Anthropology": 191-210, in: R. Fox (dir.), *Recapturing Anthropology: Working in the Present*. Santa Fe: School of American Research.
- AUGÉ M., 1987, « Qui est l'autre? Un itinéraire anthropologique », *L'Homme et la Société*, XXVII, 3: 7-26.
- AUGÉ M., 1994, *Le sens des autres*. Paris : Fayard.
- BALANDIER G., 1985, « Le politique des anthropologues » : 309-335, in : J. Leca et M. Gravitz (dir.), *Traité de science politique*. Tome I : *La science politique. Science sociale, l'ordre politique*. Paris : PUF.
- BARTH F. (dir.), 1969, *Ethnic Groups and Boundaries*. Boston: Little, Brown.
- BELL D., 1975, "Ethnicity and Social Change": 141-174, in N. Glazer et D. Moynihan (dir.), *Ethnicity: Theory and Experience*. Cambridge: Harvard University Press.
- BERNIER B., 1983, « L'apparition du nationalisme en Occident : les contextes historiques », *Anthropologie et Sociétés*, 7, 2 : 111-129.
- BOTTOMLEY G., 1991, "Representing the "Second Generation": Subjects, objects and ways of knowing": 92-109, in: G. Bottomley et al. (dir.), *Intersexions: Gender, Class, Culture, Ethnicity*. Sydney: Allen & Unwin.
- BOURDIEU P. et L. WACQUANT, 1992a, *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press.
- BOURDIEU P., 1972, *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Genève : Librairie Droz.
- BOURDIEU P., 1978, « Sur l'objectivation participante : Réponse à quelques objections », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 23 : 67-69.
- BOURDIEU P., 1979, « Les trois états du capital culturel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 30 : 3-6.
- BOURDIEU P., 1980a, *Le sens pratique*. Paris : Minuit.
- BOURDIEU P., 1980b, « L'identité et la représentation. Eléments pour une réflexion critique sur l'idée de région », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 35 : 63-72.

- BOURDIEU P., 1980c, « Le capital social : Notes provisoires », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 31 : 2-3.
- BOURDIEU P., 1984, « Espace social et genèse des "classes" », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 52-53 : 3-12.
- BOURDIEU P., 1985, « Effet de champ et effet de corps », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 59 : 73.
- BOURDIEU P., 1987, *Choses Dites*. Paris : Minuit.
- BOURDIEU P., 1992b, *Réponses*. Paris : Seuil.
- BOURDIEU P., 1994, *Raisons pratiques : Sur la théorie de l'action*. Paris : Seuil.
- BOURDIEU P., J.-C. CHAMBOREDON et J.-C. PASSERON, 1973, *Le Métier de Sociologue*. Paris : Mouton.
- BRETON R., 1984, “The Production and Allocation of Symbolic Resources: An Analysis of the Linguistic and Ethnocultural Fields in Canada”, *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, 21, 2: 123-144.
- CALHOUN C., 1993, “Nationalism and Ethnicity”, *Annual Review of Sociology*, 19: 211- 239.
- CALHOUN C., 1995. *Critical Social Theory*. Oxford-Cambridge: Blackwell.
- CASTORIADIS C., 1975, *L'institution imaginaire de la société*, Paris : Seuil.
- CLIFFORD J. et Marcus G. (dir.), 1986, *Writing Culture: The Poetics and Politics of Ethnography*. Berkeley: UC Press.
- CLIFFORD J., 1988, *The Predicament of Culture: Twentieth Century Ethnography, Literature and Art*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- COHEN R., 1978, “Ethnicity: Problem and Focus in Anthropology”, in: *Annual Review of Anthropology*, 7: 379-403.
- de MONTAIGNE M., *Les Essais*, I, Paris : Nelson, s.d., XXVI.
- DEVEREUX G., 1972, « L'identité ethnique : ses bases logiques et ses dysfonctions » : 131-168, in : *Ethnopsychiatrie complémentariste*, Paris: Flammarion.
- DRUMMOND L., 1980, “The Cultural Continuum: A Theory of Intersystem”, in: *Man*, 15: 94-96.
- FORMOSO B., 1986, “Du corps humain à l'espace humanisé. Système de référence et représentation de l'espace dans les villages du Nord-Est de la Thaïlande », in : *Etudes Rurales*, 107-108, p. 137-170.
- GALLISOT R., KILANI M. et RIVERA A., 2000, *L'imbroglio ethnique. En quatorze mots clés*, Paris: Ed. Payot-Lausanne.
- GALLISSOT R., 1987, « Sous l'identité, les procès d'identification », in : *L'Homme et la Société*, 83 : 12-27.

- GANS H.-J., 1979, "Symbolic Ethnicity: the Future of Ethnic Groups and Culture in America", in: *Ethnic and Racial Studies*, 2 (1), pp. 1-20.
- GEERTZ C., 1986, *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris : PUF.
- GIDDENS A. et J. Turner (dir.), 1987, *Social Theory Today*, Cambridge: Polity Press.
- GIDDENS A., 1973, *The Class Structure of the Advanced Societies*, London: Hutchison & Co.
- GIDDENS A., 1979, *Central Problems in Social Theory*, Berkeley, UCP.
- GIDDENS A., 1996, *Les conséquences de la Modernité*, Paris : L'Harmattan.
- GIDDENS A., 1991, *Modernity and Self-Identity*, Stanford: SUP.
- GUPTA A. et J. FERGUSON, 1992, "Beyond "Culture": Space, Identity, and the Politics of Difference", *Cultural Anthropology*, VII, 1: 6-23.
- HOBSBAWM E. et T. RANGER, 1983, *The Invention of Tradition*. Cambridge: CUP.
- HOROWITZ D., 1975, "Ethnic Identity": 111-140, in Glazer, N. et D. Moynihan (dir.), *Ethnicity: Theory and Experience*. Cambridge, Harvard University Press.
- ISAJIW W., 1974, "Definitions of Ethnicity", *Ethnicity*, 1: 111-124.
- KEITA N., (dir.), 2015, *Téléphonie et mobilité au Mali*, Leiden/Bamenda : ASC/Langaa.
- KEITA N., 2014i, « L'Etat-nation du Mali en crises ? », in : *Analyses Critiques et stratégies d'Action de l'Institut de l'Afrique de l'Ouest*, n° 8, 27 p.
- KEITA N., 2014ii, « Terrorisme, menaces djihadistes et économies criminelles dans l'espace saharo-sahélien malien », in : *Repenser la gouvernance démocratique au Mali, Actes du Forum multi-acteurs sur la gouvernance au Mali*, Bamako : Editions Communicances, p. 149-152.
- KEITA N., 2013i, « Les forces religieuses musulmanes et le débat politique dans une République laïque : l'exemple du Mali », in : *Afrique des laïcités : Etat, Islam et démocratie au Sud du Sahara*, Bamako/Marseille : Editions Tombouctou/IRD : 352-364.
- KEITA N., 2013ii, « Y a-t-il un gouvernement légitime au Mali ? », in : (dir.) P. Gonin, N. Kotlok et M.-A. Pérouse de Montclos, *La tragédie malienne*, Paris : Editions Vendémiaire (« Collection Géographies »), pp. 87-95 (352 p.), sept.
- KEITA N., 2013iii, « Successful Presidential Elections in Mali: What is Next? », in: *Dialogue, Politics Society – King's College London*, The Autumn: 59-60.
<http://issuu.com/kclpolitics/docs/autumn2013final>

- KEITA N., 2013iv, « Comment être malien ? », in : *Les Dossiers du CERI*, juillet <http://www.sciencespo.fr/ceri/fr/content/dossiersduceri/comment-etre-malien?d02>
- KEITA N., 2013v, « On ne naît pas djihadiste, on le devient ».in : *Alternatives Internationales*, n° 058, mars.
- KEITA N., 2013vi, « Clivages sociaux et reconfigurations tribales dans l'*Adagh* : une interprétation des rébellions actuelles au Mali », 22 p (sous presse).
- KEITA N., 2013vii, « De la consécration du pouvoir ethnique Touareg dans les régions Nord maliennes », in : <http://www.gabrielperi.fr/2-2-Du-pouvoir-ethnique-Touareg-a>
- KEITA N., 2012, (dir.), *Esclavage au Mali*, Bamako/Paris : l'Harmattan, 164 p.
- KEITA N., 2010, « Déterminants identitaires et migrations dans la vallée de l'*Azawak* : la problématique de l'accès aux ressources pastorales à Ménaka (région de Gao, Mali) », in : *Journal Africain des Sciences de l'Environnement*, Ouagadougou/Groningen : CEPAPE/CDS, Numéro Spécial, décembre : 9-71.
- KEITA N., 2008, « Gestion des crises intra et interethnique en Afrique : l'exemple des « révoltes et rébellions » Touaregs au Mali en question », in : *Revista de Politica Internationala (RPI)*, Annul III, Nr. XI-XII (Roumanie, Bucarest), pp. 94-115.
- KEITA N., 2005, « De l'identitaire au problème de la territorialité. L'OCRS et les sociétés Kel Tamacheq du Mali », in : GEMDEV et Université du Mali (éds.), *Mali - France. Regards sur une histoire partagée*, Bamako/Paris : Donniya et Karthala, 2005, p. 91-121.
- KEITA N., 1999, *Contribution à une anthropologie du pouvoir et de l'intégration nationale en Afrique : de la « rébellion Touaregs » à une nouvelle nation au Mali*, Thèse de Doctorat de troisième cycle, Anthropologie, UCAD Dakar.
- KEITA N., 1998, « L'Etat africain dans le temps. Les rébellions touarègues et la construction de l'Etat fiscal au Mali », in : *État et fiscalité en Afrique*, Dakar : CODESRIA, Institut sur la gouvernance dirigé par Tessy Bakary.
- KILANI M., 1996, *Introduction à l'anthropologie*, Paris : Editions Payot Lausanne.
- MARCUSE H., 1968, *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, Paris : Minuit.
- MARCUS G. & CUSHMAN D., 1982, “Ethnographies as Texts”, in: *Annual Review of Anthropology*, 11, p. 25-69.

- MARCUS G. et M. FISCHER, 1986, *Anthropology as Cultural Critique: An Experimental Moment in the Human Sciences*. Chicago: University of Chicago Press.
- MEINTEL D., 1993, "New Constructionist Approaches to Ethnicity", *Culture*, 13, 3: 5 - 10.
- MEINTEL D., 1994, « Transnationalité et transetnicité chez de jeunes issus de milieux immigrés », *Revue européenne de migrations internationales*, 9, 3 : 63 - 79.
- ORIOL M., 1984, *Les variations de l'identité. Étude de l'évolution de l'identité culturelle des enfants d'émigrés portugais en France et au Portugal*. Rapport final de l'ATP, CNRS 054, Nice.
- ORIOL M., 1986, « Le transnational est-il concevable comme volonté et comme représentation ? », in : *Peuples méditerranéens*, 35-36 : 131-136.
- ORIOL M., 1988, « Perspectives du pluralisme », in : *Revue européenne de Migrations Internationales*, IV, 1-2 : 167-185.
- PARSONS T., 1975, "Some Theoretical Considerations on the Nature and Trends of Change in Ethnicity": 53-83, in: N. Glazer et D. Moynihan (dir.), *Ethnicity: Theory and Experience*. Cambridge.
- POUTIGNAT P.; STREIFF-FENART J. et BARTH F., 1995, Théories de l'ethnicité. Suivie de « Les groupes ethniques et leurs frontières. Paris : PUF.
- RAO A., 1985, « Des nomades méconnus : Pour une typologie des communautés pérégrinantes », *L'Homme*, XXV, 3 : 97-120.
- SAYAD A., 1991, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité*, Bruxelles : De Boeck.
- TAYLOR C., 1997, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*. Paris: Champs/ Flammarion.
- TODOROV T., 1983, « Le croisement des cultures », in : *Communications*, n° 43, p. 5-24.
- WIEWORKA M., 1993, *La démocratie à l'épreuve. Nationalisme, populisme, ethnicité*, Paris : La Découverte/Essais.
- WOLF E., 1994, "Perilous Ideas: Race, Culture, People", *Current Anthropology*, 35, 1: 1 - 12.
- http://www.cyclopaedia.es/wiki/Dawsahak_people

SOUVERAINETE DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO A L'EPREUVE DE DROIT INTERNATIONAL. CAS DE L'OCCUPATION MBORORO DANS LES UELÉ

Emmanuel Tamidribe Tanyobe,
Université de Kisangani (RDC)

Résumé

La présente étude est intitulée la « Souveraineté de la République démocratique du Congo à l'épreuve de droit international. Cas de l'Occupation Mbororo dans les Uélé ». Elle se penche sur le processus de résolution de la question des Mbororo dans les Uélé par l'Etat congolais.

En effet, nous nous sommes posé la question de savoir pourquoi l'Etat congolais n'arrive-t-il pas à mettre en œuvre les différentes recommandations des élus tant provinciaux que nationaux concernant la question des Mbororo dans les Uélé ? Cette question vaut son pesant d'or d'autant qu'actuellement (outre les multiples difficultés que connaît la population à cause des Mbororo) le sahel, où se situent les pays de provenance des Mbororo, est en proie aux mouvements islamistes inquiétants. Ces pays sont entre autres la Libye, le Nigeria, le Niger, le Mali et même la RCA avec les Seleka. L'inquiétude est que si l'Etat congolais ne prend pas des mesures adéquates au sujet des Mbororo pour bien les contrôler, le bassin des Uélé pourrait facilement servir de base où les islamistes peuvent se développer. Ainsi, nous nous sommes rendu compte que l'Etat congolais fait face à une pression tant interne qu'externe. Cette situation ne permet pas à répondre favorablement et avec diligence au souhait de sa population qui est celle d'expulsion pur et simple des Mbororo hors du territoire national.

Summary

The present study has called: "souveraineté of Democratic Republic of Congo in the test of international law. Case of Mbororo's occupation in the Uélé.

Its attention is focused on the process of resolution of Mbororo's issue in the Uélé by the Congolese State.

Indeed, we asked the question to known why the Congolese government doesn't make the implementation of different recommendations made by the

provincial and national deputies about the Mbororo in the Haut- Uélé and Bas- Uélé?

This question is worthy for asking because at the present time (beyond many difficulties abided by the population owing to mbororo), the Sahel region, where is situated the provenance countries of the Mbororo, is threatened to enter in unrest owing to the disturbing of the Islamism movements. These countries are, for instance, Libya, Nigeria, Niger, Mali and also Central African Republic with Seleka militia. The worry is that, if the Congolese State doesn't take the appropriate steps about the mbororo in order to control them, the Uélé's basin would easily serve the rank and file where the Islamism movements can be developed.

So, we realize that the Congolese state is faced to the internal and external pressure. This situation doesn't allow it to answer favorably and with haste to the wish of its population which is expulsion pure and simple of the Mbororo out of national territory.

Key words : RDC, Haut- Uélé, Bas- Uélé, Mbororo, souveraineté, droit international.

La présente réflexion projette un regard sur le phénomène mbororo en République démocratique du Congo : Etat congolais à l'épreuve de sa souveraineté nationale et des limites de cette souveraineté en droit international. Il est question de chercher à comprendre pourquoi l'Etat congolais n'arrive pas à émettre une position ferme vis-à-vis des éleveurs mbororo conformément à la demande de sa population. Il n'est un secret pour personne que les peuples éleveurs communément appelés « Mbororo » sont depuis plusieurs années dans la partie nord-est de la République démocratique du Congo et leur présence est à la base de beaucoup de problèmes d'ordre social, économique, sécuritaire et autres. Cette situation met en mal la vie quotidienne des citoyennes et des citoyens qui habitent cette partie de la République.

Cette question a déjà été abordé par :

- La commission justice et paix du diocèse de Dungu-Doruma financées par la section néerlandaise du mouvement international catholique paix Pax-Christi (IKP Pax-Christi Pays- Bas)¹. L'objectif poursuivi par cette étude était de comprendre et d'élucider le phénomène des migrations des Mbororo au nord-est de la République démocratique du Congo en vue d'articuler des stratégies indispensables à la maîtrise de ce type de migrations et pour une

¹ IKP Pax-Christi, *les migrations transfrontalières des mbororo au nord-est de la République démocratique du Congo étude de cas au Haut- Uélé et au Bas- Uélé*, IKP Pax- Christi, Pays-Bas, 2007.

cohabitation pacifique entre les populations locales et les Mbororo. Les résultats auxquels cette structure a abouti montrent que les relations qui s'établissent entre les deux peuples en présence sont difficiles. Ils n'ont pas la même culture, ils ne parlent pas les mêmes langues. Les Mbororo, perçus comme disposant des moyens importants dont les armes, provoquent la peur et la méfiance auprès des membres des communautés locales.

- L'*International Crisis Group*² qui, dans son étude sur la transhumance au Tchad, en RCA et en RDC a voulu s'imprégner des éventuels conflits que cette pratique génère surtout à cause de la collision entre les activités de l'élevage et de l'agriculture. Il est arrivé à la conclusion selon laquelle, comme beaucoup d'autres transhumances, celle qui implique les trois Etats ci-dessus est effectivement porteuse de conflits. Selon lui, afin de pacifier la transhumance et de tirer pleinement profit de cette activité économique, il est indispensable de renforcer la régulation du pastoralisme au Tchad et de mettre cette question à l'ordre du jour des gouvernements congolais et centrafricain.

- Denis Gauthier et al³ se sont penchés sur les mécanismes d'intégration entre agriculteur et éleveur en Afrique centrale. Ils sont arrivés à la conclusion selon laquelle les intégrations les plus poussées s'observent lorsqu'un village d'éleveurs s'est installé, à la suite de bonnes relations communautaires, à côté d'un village d'agriculteurs et que leurs territoires s'interpénètrent selon des règles admises par les communautés locales. Les moins bonnes intégrations s'observent lorsqu'il y a eu tentative extérieure de mise en ordre territoriale de la cohabitation entre éleveurs et agriculteurs. L'analyse met ainsi en évidence le poids de l'histoire des relations entre communautés et de l'histoire de la gestion du territoire.

Comme on peut le constater, les trois études ci-dessus ont cherché à comprendre les conflits qui naissent entre les agriculteurs et les éleveurs dans la réalisation des activités de chaque groupe afin de trouver les mécanismes de cohabitation pacifique, mais il faut signaler que ces travaux n'ont pas fait allusion aux difficultés de gestion de la question mbororo par l'Etat congolais. Ces difficultés le placent en effet face au dilemme suivant : d'un côté, la population demande instamment de renvoyer ces éleveurs d'où ils sont venus conformément à plusieurs recommandations de la société civile et des parlementaires ; de l'autre côté la communauté internationale souhaite

² *International Crisis Group, Afrique centrale : Les défis sécuritaires du pastoralisme*, Rapport Afrique n° 215, Bruxelles, 1^{er} avril 2014.

³ D. GAUTHIER et al. *Agriculteurs et éleveurs : deux communautés, deux activités dominantes, pour quelle intégration territoriale ?* CIRAD - PRASAC, 2003, p. 3.

plutôt que les Mbororo puissent s'intégrer en RDC et que leur élevage puisse profiter à la population locale⁴.

C'est le binôme ci-haut qui constitue l'objet du présent article. Nous cherchons pourquoi l'Etat congolais se trouve dans l'embarras quant à la question de Mbororo dans les Uélé. Selon les auteurs ci-dessus, le nord-est de la République démocratique du Congo a connu depuis des années des vagues de migrations transfrontalières des éleveurs nomades appelés « Mbororo ». Repoussés lors des premières vagues des années 1940 puis 1980, les Mbororo ont fini par pénétrer sur le territoire de la République démocratique du Congo au début des années 2000, alors que la RDC était en proie aux guerres civiles⁵ et occupent actuellement plusieurs localités dans le Bas Uélé et le Haut-Uélé.

La société civile tout comme les élus tant nationaux que provinciaux des zones concernées par cette présence étrangère ont, à plusieurs reprises, fait des rapports adressés aux autorités du pays dans lesquels ils font savoir que les éleveurs mbororo créent l'insécurité puisque beaucoup d'entre eux sont armés et que les citoyens du pays habitant les zones occupées par ces pasteurs sont déstabilisés par les activités de ces derniers.

La position et la réaction des autorités du pays face à ces éleveurs venus illégalement s'installer en RDC depuis déjà seize ans suscitent beaucoup d'interrogations notamment au sein de l'opinion nationale. Ces interrogations sont d'autant plus vives que la situation sociale de la population locale se détériore au fil des années sans que les gouvernements qui se sont succédés n'ont véritablement apporté de réponses claires et adéquates et d'autant que la liste des victimes de l'insécurité créée par la présence des Mbororo ne fait que s'allonger.

Ainsi, partant de la situation ci-haut invoquée, nous nous sommes posé les questions suivantes. Pourquoi l'Etat congolais ne prend-il pas des mesures concrètes pour résoudre, une fois pour toute, la question des Mbororo dans les Haut-Uélé et Bas-Uélé ? Quelles sont les conséquences possibles de l'ambiguïté de l'Etat congolais face au phénomène mbororo dans les Uélé ?

Nous réagissons de façon anticipée à ces questions de la manière suivante. D'une part, l'insuffisance des réponses et l'ambiguïté dans la prise de position de l'Etat congolais face à la question des Mbororo seraient dues à la double pression à laquelle la RDC fait face tant sur le plan interne

⁴ Union africaine : *Mission d'information sur les migrations des pasteurs nomades mbororo, dépêchée en République démocratique du Congo, au Soudan, en République Centrafricaine et au Cameroun*, rapport de la 97^{ème} réunion du Conseil de paix et de sécurité, 25 octobre 2007, p. 12.

⁵ A l'époque, la partie nord-est de la République démocratique du Congo était occupée par la rébellion du Mouvement de la libération du Congo (MLC).

qu'externe. D'autre part, les conséquences de l'ambigüité de la RDC face au phénomène mbororo seraient de plusieurs ordres, entre autres social, économique, sécuritaire, politique et culturel.

Les objectifs poursuivis dans cette étude sont les trois suivants : rechercher les raisons et les difficultés qui empêchent l'Etat congolais à prendre une mesure tranchée face à l'occupation mbororo ; aborder les considérations tant internes qu'externes de ces difficultés ; enfin circonscrire les conséquences de la position ambiguë de la RDC.

La voie qui nous guide dans ce travail est la méthode systémique de David Easton. Le système est constitué de la boîte noire (Etat congolais) et de l'environnement (interne : population congolaise, et externe : communauté internationale), il existe les relations des in put (pressions interne et externe) et de l'out put (réponse de l'Etat congolais aux diverses pressions).

Nos données proviennent particulièrement des documents écrits (ouvrages, articles, rapports...), d'internet mais aussi des données empiriques recueillies sur le terrain auprès de la population qui vit au jour le jour la présence des Mbororo. Sur le plan scientifique, cette réflexion est une modeste contribution aux relations politiques internationales mais également au droit international public.

Elle peut ouvrir davantage des voies aux chercheurs intéressés afin d'approfondir la question des Mbororo en RDC sous plusieurs angles entre autre « les aspects positifs de la présence des Mbororo dans les Uélé ». De manière pratique, cette étude se veut un plaidoyer pour la solution définitive au problème des Mbororo. C'est-à-dire qu'elle peut susciter l'intérêt des divers acteurs politiques congolais et de la société civile en faveur de la recherche d'une solution durable au phénomène mbororo dans les Uélé et d'une manière générale peut contribuer à la sécurité intérieure.

Le présent travail va aborder essentiellement les trois points que sont le cadre théorique (**I**), le dilemme auquel est soumis l'Etat congolais face au phénomène mbororo (**II**), enfin une discussion sur les problèmes qui demeurent (**III**).

I - Cadre théorique

Sous cette rubrique, nous allons nous intéresser aux notions de la souveraineté et des obligations diplomatiques.

A - Souveraineté

Nous partageons avec Albert Rigaudière⁶ la notion de la souveraineté lorsqu'il affirme que celle-ci se dégage à partir du XIII^{ème} siècle, à un

⁶ A. RIGAUDIERE, *Gouverner la ville au moyen âge*, Anthropos Economica, Paris, 1993, p. 67.

moment où s'affichent les Etats d'occident face à l'empire décadent et à la papauté en plein essor. A la vision d'un univers exclusivement soumis à l'*autoritas* pontificale et à la *potestas* impériale, ils substituent celle d'un monde éclaté au sein duquel chaque entité politique nouvelle doit assurer son indépendance, non seulement en assurant sa souveraineté mais aussi en la construisant et en la gérant, tout autant sur la scène internationale que dans l'ordre interne.

Du point de vue du contenu, la notion de souveraineté de l'Etat est particulièrement polyèdre, et elle a été examinée par des auteurs divers non seulement sous l'aspect juridique mais également sous les aspects politiques, philosophiques, idéologiques, nationaux etc. La souveraineté⁷ dans son développement a passé plusieurs étapes, depuis l'absolutisme du moyen âge au nihilisme complet de son contenu à l'époque actuel. La transformation substantielle, c'est-à-dire le changement du contenu concret est inhérent à la souveraineté en fonction de l'époque historique et des conditions politiques.

Le terme de souveraineté dérive de souverain, issu du latin *superanus*, *superus*, « supérieur »⁸. Pour Pascal Bourelz⁹, la souveraineté désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, elle désigne l'ensemble des pouvoirs compris entre les puissances d'Etat et elle, ensuite synonyme de cette dernière. Enfin, elle sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat, le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe.

La souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites des principes supérieurs du droit et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser¹⁰. Selon la même source, la souveraineté se compose de deux éléments complémentaires : un avers, ou face interne, qui est l'autonomie ; et un revers, ou face externe, qui est l'indépendance. Par l'autonomie, l'État jouit de la *summa potestas* : il exerce sur son territoire une juridiction suprême par rapport à ses composantes et monopolise la contrainte physique. Sa compétence est discrétionnaire; son autorité est immédiate. Par l'indépendance, l'État bénéficie de la *plenitudo potestatis*. Il entretient des rapports directs avec les autres États et traite avec chacun d'eux sur un pied d'égalité.

⁷ A. ZHEKEYEVA, *La souveraineté et la réalisation de la responsabilité internationale des Etats en droit international public*, Law. Université Paris-Est, Université nationale d'Eurasie, 2009, p. 13-55.

⁸ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, p. 2000.

⁹ P. BOURELZ, In *Dictionnaire constitutionnel*, sous la dir. d'O. DUHAMEL et Y. MENY, PUF, 1992, p. 989.

¹⁰ Document tiré sur www.agora.qc.ca/documents, le 27 mars 2015 à 13h 14'.

Cette égalité des États est, à l'instar de l'idée de souveraineté, un concept juridique. Elle est la conséquence de la théorie de l'État-personne, elle-même fruit de la théorie de l'égalité entre les hommes. Cette notion d'égalité se manifeste par un certain nombre d'attitudes et de comportements entre les États. Sur le plan diplomatique, par exemple, l'égalité des États se traduit par l'égalité des voix et la signature au rang alphabétique dans les conférences internationales, de même que par les usages protocolaires. Dans le domaine des échanges économiques et des communications, l'égalité de traitement entre les États est également reconnue, à moins que des conventions n'en disposent autrement.

B - Limites à la souveraineté

La souveraineté comme pouvoir suprême reconnu à l'État, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national (*souveraineté interne*) et son indépendance absolue dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements (*souveraineté externe*), peut déjà constituer un danger pour la sécurité et la paix mondiales dans la mesure où les Etats forts peuvent ostensiblement disposer des Etats faibles.

La création des Nations unies et tout récemment de l'Union africaine, en ce qui concerne le continent africain, ont beaucoup contribué à mettre en place des restrictions de fait à la souveraineté tant nationale qu'internationale des Etats même si officiellement cela n'en est pas une. L'engagement international d'un Etat à travers l'accord ou le traité donne lieu à certaines obligations de l'Etat concerné vis-à-vis de l'organisation internationale dont il fait membre ou vis-à-vis d'un autre Etat, en cas d'un accord bilatéral ou multilatéral.

Ainsi, les documents comme la charte des Nations unies, la convention de Vienne, l'acte constitutif de l'Union africaine... ont clairement établi des clauses dont l'esprit limite la marge de manœuvre de la souveraineté des Etats. Nous pouvons citer des principes tels que : égalité souveraine des Etats ; principe de non ingérence d'un Etat membre dans les affaires intérieures d'un autre Etat ; droit d'intervention dans un Etat membre en cas de certaines circonstances graves, à savoir : les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité¹¹ ; respect de l'intégrité territoriale¹² ; le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; la prohibition du recours à la force ou de l'emploi de la menace ; l'obligation de règlement pacifique des différends ; enfin le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous...

¹¹ Article 4, point J de l'Acte constitutif de l'Union Africaine, Lomé, 11 juillet 2000, p. 7.

¹² Article 2 de la Charte des Nations unies, San Francisco, 26 juin 1945.

Il sied de noter que les traités internationaux sont coiffés par des règles de base comme *jus cogens, pacta sunt servanda, erga omnes*, bonne foi¹³,... Du fait de foisonnement des organisations internationales depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, les Etats qui y adhèrent sont soumis aux arsenaux d'accords et traités qui limitent leur souveraineté nationale et internationale même si certains auteurs pensent que le fait qu'un Etat limite volontairement sa souveraineté c'est justement faire l'usage de celle- ci.

Un Etat qui ratifie un accord (ou un traité) est appelé au respect de celui-ci. Ce respect est basé sur le principe de « bonne foi », c'est-à-dire l'Etat qui s'engage internationalement à un traité doit respecter et exécuter ses clauses de bonne foi¹⁴. Ainsi, Jean-Marc Lavieille¹⁵ souligne que ce principe de bonne foi permet une certaine sécurité juridique dans les relations internationales.

La violation des règles internationales par un Etat comme sujet de droit international fait surgir la notion de la responsabilité internationale de l'Etat violeur ou victime même devant des juridictions internationales compétentes. Outre ce qui précède, on peut noter qu'à partir de la deuxième moitié du XX^{ème}, la souveraineté des Etats n'a cessé d'accuser le coup avec notamment la mondialisation, l'internet, les réseaux sociaux... Il est donc remarqué que, malgré la souveraineté de chaque Etat, les actions de celui-ci touchant aux règles de droit international sont soumises à plusieurs principes. La position d'un Etat vis-à-vis d'un dossier qui touche au droit international peut alimenter les débats tant sur le plan interne que sur le plan externe et chaque fois les pressions peuvent venir de part et d'autre.

II - Dilemme de l'Etat congolais face au phénomène mbororo

A - *Contraintes internes*

La simple présence des Mbororo sur le sol congolais était déjà un problème car n'étant pas venus légalement mais plutôt à la faveur des conflits armés avec l'occupation de la partie Nord du pays par les rebelles du Mouvement de libération du Congo de Jean Pierre Bemba. En l'absence d'un dénombrement officiel, les estimations des organisations de la société civile font état de plus de 20 000 Mbororo avec un cheptel évalué entre 150 000 à 200 000 têtes qu'on retrouve essentiellement dans le territoire d'Ango.

¹³ Convention de Vienne, Vienne (Autriche), 23 mai 1969.

¹⁴ *Idem*, article 26.

¹⁵ J.-M. LAVIEILLE, *Relations internationales. La discipline, les approches, les facteurs, les règles, la société internationale, les acteurs, les évolutions historiques, les défis*, Ed. Ellipses, 2003, p. 44.

Il convient de souligner que la présence des Mbororo a aussitôt donné naissance à plusieurs problèmes dont¹⁶ : l'augmentation exponentielle de la densité de la population ; le non respect des autorités établies et des lois du pays hôte ; la cohabitation difficile et presque impossible entre les Mbororo et les communautés locales ; le sentiment d'insécurité due à l'usage des armes à feu par les Mbororo ; l'exploitation des ressources naturelles, le développement des relations commerciales déséquilibrées avec les populations locales (hausse des prix, surenchère,...) ; l'installation des marchés pirates avec les Soudanais et les Centrafricains ; le risque d'épidémie, les maladies d'origine hydrique dues à la pollution du milieu naturel et particulièrement les sources d'eau potable ; la perturbation des écosystèmes due à une présence humaine et animale exerçant une pression sur le milieu physique en entraînant sa dégradation ; le non respect des aires protégées et des réserves, entraînant l'extermination de certaines espèces protégées ; l'insuffisance et la faible capacité des services sociaux de proximité (centres de santé, écoles...) ;

Outre ces aspects non exhaustifs, la population reste convaincue que les Mbororo facilitent la circulation des braconniers dont certains viennent de l'étranger et des rebelles ougandais de l'Armée de résistances du Seigneur (LRA) car les bêtes ouvrent grandement les voies dans la brousse et la LRA utilise les mêmes voies pour venir attaquer les villageois.

Il faut noter que des questions liées à la migration transfrontalière, aux réfugiés et à la sécurité nationale sont gérées au plus haut sommet de l'Etat. Il est donc logique que la population affectée par le phénomène mbororo puisse tourner le regard vers les autorités du pays pour une solution rapide. Les tensions entre les Mbororo et la population locale sont d'autant perceptibles que plusieurs incidents, mortels pour la plupart, ont été enregistrés soit entre la population et les Mbororo, soit entre ces derniers et les Forces armées de la République démocratique du Congo (FARDC)¹⁷.

Depuis la résurgence des Mbororo dans le Nord-Est de la RDC, plusieurs efforts ont été fournis, outre la société civile et d'autres organisations non gouvernementales, en vue d'appréhender et de mieux comprendre la problématique de Mbororo. Ainsi nous pouvons citer : la mission parlementaire initiée par l'Assemblée nationale en 2007 dans les Haut-Uélé et Bas-Uélé ; la mission parlementaire initiée par l'Assemblée provinciale de la Province orientale en 2008 dans les Haut-Uélé et Bas-Uélé ; le déploiement des éléments de la police nationale et des forces armées de la RDC dans les zones occupées par les Mbororo ; le renforcement des services

¹⁶ Témoignage du président et du vice-président de la société civile de Bas-Uélé à Buta, 26 mars 2014.

¹⁷ *International Crisis Group, op. cit.*, p. 21-23.

spécialisés comme les renseignements et la migration ; plusieurs missions de l'exécutif tant national que provincial pour s'imprégner de la question...

Les missions dépêchées sur le terrain ont plus ou moins confirmé les problèmes liés à la présence des Mbororo. Plusieurs recommandations ont été faites à l'Etat congolais surtout à l'issue des missions parlementaires. Il est utile de reprendre ici quelques-unes de ces recommandations¹⁸ : sécurisation des frontières nord de la RDC ; négocier avec les Mbororo ou simplement les contraindre par la force à quitter la RDC ; réhabiliter et renforcer les infrastructures sanitaires des zones affectées afin de mieux apporter des réponses aux nouvelles maladies qui surgissent et ainsi de bien protéger la population ; s'acquitter régulièrement des cotisations exigées par les organisations internationales dont la RDC est membre afin d'être capable de prendre la parole pour exprimer et mieux défendre les positions et intérêts de la RDC...

Il était prévu également que ces pasteurs soient identifiés et regroupés car actuellement ils occupent plusieurs localités surtout dans le Bas-Uélé. De ces recommandations, il apparaît que le gouvernement congolais traîne le pas dans le sens de leur exécution et les tensions entre les autochtones et les allophones, signes de manque de cohabitation, se sont soldées par plusieurs incidents qui ont même créé des pertes en vies humaines¹⁹.

Pour la population en général ainsi que pour les élus voire même pour certaines formations politiques tant de l'opposition que de la majorité, la recommandation la plus importante reste celle liée au retour des Mbororo d'où ils sont venus. Ainsi, entre 2011 et 2012, et suite à la décision annoncée par le président Joseph Kabila lors d'une réunion du Conseil supérieur de la défense en décembre 2010 à Kinshasa, le gouvernement congolais avait commencé par le rapatriement des Mbororo qui fut aussitôt interrompu et depuis, aucun autre rapatriement ne se sont effectués.

Outre le territoire d'Ango où les Mbororo sont plus nombreux au point qu'en certains endroits leur effectif puisse dépasser celui de la population locale, il faut signaler que ces pasteurs sont actuellement visibles dans les territoires de Bambesa, Poko et Bondo. En égard à ce qui précède, il apparaît donc clairement que l'Etat congolais fait face à une pression interne considérable qui le pousse à agir afin de satisfaire sa population.

B - Contraintes externes

Face à la pression interne et conscient de la nécessité de jeu de la prudence sur le plan international, l'Etat congolais avait en 2007, sollicité

¹⁸ Assemblée nationale de la RDC, Rapport de la commission d'enquête sur la présence des éleveurs mbororo dans la Province Orientale, décembre 2007.

¹⁹ Listing des incidents dans les Haut et Bas Uélé 2013, OCHA, juillet 2013.

l'expertise de l'Union africaine (UA) afin de trouver des solutions aux problèmes sécuritaires induits par la présence des éleveurs peuls sur son territoire. Le 25 octobre de la même année, le Conseil de paix et de sécurité de l'UA a demandé à la commission de l'organisation d'envoyer une mission d'information en RDC, en RCA et au Soudan du Sud afin d'examiner la question des Mbororo et formuler des recommandations.

La mission *ad hoc* ainsi créée a travaillé et a remis son rapport en avril 2008 dont l'essentiel de ces recommandations sont libellées de la manière suivante²⁰ :

- Aider le gouvernement de la RDC à concevoir, avec ses partenaires (MONUSCO, HCR, OCHA, etc.), un programme de recensement, d'identification et d'appui humanitaire aux Mbororo du Haut et Bas Uélé, suivant l'exemple du Cameroun et du gouvernement du Sud Soudan ;

- Appuyer les Gouvernements de la RDC (province du Nord Est) et du Soudan (Sud Soudan) à mettre en place à titre d'urgence un programme de délimitation des espaces des parcours du bétail avec des couloirs à suivre par les pasteurs (des initiatives similaires existent en Afrique de l'Ouest) ;

- Mettre en place un programme inter Etats de communication sur le problème spécifique du pastoralisme dans les pays de la sous-région (sur le modèle d'un programme similaire à OCHA et Radio Okapi de la MONUSCO) et l'éducation au bon voisinage et à la tolérance entre des populations que la dynamique de l'histoire a poussées à cohabiter ;

- Introduire et défendre le dossier humanitaire des Mbororo auprès des agences de l'ONU pour un programme concerté inter-agences (HCR, OCHA, UNICEF, PAM, OMI, etc.) ;

- Encourager les Etats concernés à promouvoir à l'échelle nationale des projets d'insertion et d'intégration de Mbororo dans le dispositif socioéconomique (santé, éducation), en tenant compte de leur mode de vie (écoles et structures de santé mobiles). Le Niger, le Mali, le Nigeria et la Mauritanie, entre autres, ont des expériences à partager dans ce cadre.

Les recommandations ci-haut ont constitué de fait, un outil de référence pour l'Union africaine concernant la question des Mbororo en RDC. Toute plainte de la RDC à ce sujet devrait s'en référer. Comme on peut le constater, nulle part dans ce rapport il est mentionné la question de rapatriement de ces Mbororo dans leurs pays d'origine. La pression internationale sur l'Etat congolais est d'autant plus évidente que la position des Nations unies est similaire à celle de l'organisation africaine. Cette pression s'est manifestée par exemple à travers les organismes des Nations unies lorsque les FARDC avaient commencé à expulser de force les Mbororo.

²⁰ Union africaine : *op. cit.*, 25 octobre 2007.

En effet, selon *International Crisis Group*²¹, la communauté internationale a dénoncé de nombreux abus et des exactions des FARDC à tel point qu'en 2012, les autorités congolaises ont changé de méthode. Les autorités congolaises ont alors opté pour une stratégie d'apaisement. Richard Muyej Mangez, ministre de l'Intérieur de l'époque en visite à Ango en août 2012, a annoncé la suspension des opérations de reconduction des Mbororo aux frontières mais leur a demandé de rester dans la zone où ils se trouvaient alors. Ce moratoire s'est accompagné de mesures symboliques fortes : Mohamed Tchad, dirigeant des Mbororo en Province orientale, qui avait été écroué, a été libéré et plusieurs militaires accusés d'avoir commis des exactions et de racketter les éleveurs ont été sanctionnés et rappelés à Kisangani.

La question des Mbororo est dès lors restée dans le viseur de la communauté internationale car on constate une forte présence des organisations non gouvernementales internationales et plusieurs agences des Nations unies y compris l'Organisation internationale de migration. Il est également remarqué une activité diplomatique au plus haut niveau avec la visite en 2014, à ANGO, de l'ambassadeur des Etats-Unis en RDC accompagné de plusieurs diplomates de Nations unies, de l'Union européenne et de l'Union africaine. Pour le seul chef-lieu d'Ango, voici les organisations non gouvernementales et organismes retrouvées sur place : la MONUSCO (mission des Nations unies pour la stabilisation de la RDC), le HCR (Haut conseil des Nations unies pour les réfugiés), la MEDAIR, le PAM (programme alimentaire mondial), l'UNICEF (Fonds des Nations unies pour l'enfance), l'ACF (action contre la faim), INTERSOS, SOLIDARITES, le CNR (Conseil national pour les réfugiés), PREMIERE URGENCE, CARITAS, MSF (médecin sans frontières), l'OIM (Organisation internationale de migration). Les projets mis sur pied par ces différentes structures sont entre autres la construction des infrastructures frontalières au poste frontalier de la RDC avec le Sud Soudan et des infrastructures en faveur des services de l'Etat.

Cet arsenal d'organisations non gouvernementales (ONG) internationales et d'organismes des Nations unies constitue en permanence une pression sur l'Etat congolais qui le place régulièrement sous observation à travers des rapports humanitaires.

III - Evaluation

Le nombre d'incidents entre, d'une part la population et les Mbororo et d'autre part, entre ceux-ci et les FARDC témoignent du malaise que la

²¹ *International Crisis Group, op. cit.*, p. 23-24.

présence des éleveurs mbororo crée au sein de la population locale de Bas-Uélé et de Haut-Uélé. Le renforcement des services spécialisés de l'Etat congolais comme la police, les services de la migration, de renseignements, les FARDC et autres ainsi que des nombreuses visites des autorités du pays sur le terrain démontre l'importance que l'Etat congolais accorde au dossier mbororo et sa volonté de rassurer la population de sa présence à ses côtés afin de résoudre cette question. Au-delà de cette dimension, l'Etat congolais veut surtout montrer à l'opinion tant nationale qu'internationale qu'il contrôle la situation sécuritaire et sociale de la zone. Nous pouvons conclure que cette mobilisation de la RDC en faveur de la question mbororo est une preuve que la pression interne est forte.

Il est à noter que l'Etat congolais comme membre, entre autres, de l'Organisation des Nations unies et de l'Union africaine, est conscient des principes de base, d'usage en droit international. En outre les Etats du monde, à ce XXI^{ème} siècle, sachant qu'ils ne peuvent pas se suffir seuls en vivant en vase clos, nouent des relations bilatérales et multilatérales dont ils ne sont pas prêts à rompre tout de suite. Sachant que la violation ou le non respect des normes de droit international donne lieu au principe de la responsabilité qui peut aboutir soit à des représailles, soit à la réparation, soit encore à la réciprocité, les Etats apparaissent beaucoup plus circonspects dans leurs actes qui touchent au droit international.

La charte des Nations unies²² dans son article 33 stipule que les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.

Les principes de droit international tels que la prohibition du recours à la force ou de l'emploi de la menace; l'obligation de règlement pacifique des différends, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous... constituent aujourd'hui une véritable arme qu'utilisent régulièrement les organisations internationales pour limiter la souveraineté internationale et faire pression sur les Etats souverains lorsque ceux-ci veulent user de leur souveraineté afin de résoudre un problème d'intérêt national mais qui peut affecter d'une manière ou d'une autre l'ordre international.

Cette pression peut même prendre la forme de sanctions économiques, militaires, diplomatiques... Les exemples proches sont nombreux entre autres l'Irak de Saddam Hussein, l'Iran dans le cadre de son programme nucléaire, la Russie dans le cadre de conflit en Ukraine, etc.

²² P.-M. DUPUY, *Grands textes de droit international public*, Dalloz, Paris, 1995, p. 72.

En effet, la position selon laquelle la communauté internationale ne souhaite pas que les Mbororo soient refoulés mais qu'ils puissent rester en RDC apparaît clairement si l'on se réfère aux différentes recommandations de la mission de l'Union africaine que les Nations unies ont fait. En effet, elles s'appuient implicitement sur la dimension continentale de la RDC et la présence des conditions favorables inexploitées (eau, végétation...) pour imposer la solidarité internationale.

Même si les recommandations soulignent l'importance du recensement et de l'identification, elles demandent également que soient faites des délimitations des espaces des parcours du bétail avec des couloirs à suivre par les pasteurs ; que des stratégies de sensibilisation tant de la population locale, de l'opinion nationale que des Mbororo soient mises en place par des voies de médias puissant du genre « radio okapi » ; de procéder par l'éducation de la population locale au bon voisinage et à la tolérance vis-à-vis des Mbororo que la dynamique de l'histoire a poussé à cohabiter avec (selon les propres termes de la mission) ; d'encourager les Etats concernés à promouvoir à l'échelle nationale des projets d'insertion et d'intégration de Mbororo dans le dispositif socioéconomique (santé, éducation), en tenant compte de leur mode de vie (écoles et structures de santé mobiles).

Comme nous l'avions souligné ci-haut, nulle part dans ces recommandations, la requête de la RDC, qui est en fait celle de son opinion nationale, celle de renvoyer les Mbororo d'où ils sont venus n'a été prise en considération. Au contraire il lui est demandé entre autres d'initier les projets d'intégration socioéconomique de tous.

Les raisons, pour la communauté internationale, d'adopter une telle position sont nombreuses. D'abord, la question des Mbororo domine déjà depuis longtemps les débats au niveau de l'Union africaine et généralement au sein de Nations unies dans la mesure où ces éleveurs sont présents dans tout le Sahel et qu'ils ont été à maintes reprises victimes ou acteurs des conflits qui ont caractérisé cette zone d'Afrique. Le fait de se retrouver en RDC serait un moyen de désengorger tant peu des zones où ils sont régulièrement dans le collimateur de conflits. L'abondance de ressources naturelles (pâturage, eau) et des vastes espaces quasi inhabités seraient des arguments sur lesquels la communauté internationale s'appuie pour ne pas accéder à la requête de la RDC. Enfin, la dimension socioéconomique est également l'un des enjeux, dans la mesure où certains experts pensent que l'arrivée de l'économie de l'élevage dans les Uélé peu aider à améliorer le niveau de vie de la population qui reste très précaire²³.

L'existence simultanée de la pression tant interne qu'externe place la RDC devant un dilemme, ce qui explique l'ambiguïté de sa position. En

²³ *International Crisis Group, op. cit, p. 21.*

outre, à l'exception du chef-lieu du territoire d'Ango où les organismes internationaux ont construit ou réhabilité certaines infrastructures comme écoles, bureaux de l'Etat et autres, aucune autre action n'est entreprise dans les vastes zones affectées par la présence des Mbororo essentiellement dans le Bas-Uélé pour résorber tant peu la souffrance de la population. Ainsi, la population locale continue à subir la pression de ces pasteurs, ce que l'*International Crisis Group* a relevé de la manière ci-après²⁴. Le passage des troupeaux en grand nombre affecte négativement l'économie de la zone, qui est fondée essentiellement sur l'autosubsistance. La population enregistre ainsi la dévastation de plusieurs de ses champs. Les mares d'eau douce qui servent à l'approvisionnement des populations sont utilisées pour le bétail, qui les pollue sur son passage. Les activités de cueillette et de ramassage sont également gênées par l'occupation permanente des sites. Pour épargner leur bétail, les Mbororo détruisent tous les pièges tendus par la population locale pour chasser le gibier, ils détruisent les ruches des abeilles, privant les villageois de la collecte du miel qui constitue une activité génératrice de revenus. Surtout certains pasteurs nomades se livreraient à l'exploitation clandestine de minéraux (or et diamant) près d'une localité appelée Milinda. D'autres se livreraient à la cueillette et au commerce d'une variété de poivre sauvage (Ketchou) très prisée dans toute la sous-région.

*
* *

Nous voici au terme de notre réflexion qui a tourné autour de la souveraineté de la République démocratique du Congo à l'épreuve de droit international en fonction du cas de l'occupation mbororo dans les Uélé. Les objectifs poursuivis étaient notamment de rechercher les raisons et les difficultés qui empêchent l'Etat congolais à prendre une mesure tranchée face à l'occupation mbororo, d'aborder les considérations tant internes qu'externes de ces difficultés et de circonscrire les conséquences de la position ambiguë de la RDC.

Cette étude nous a amené à analyser les notions de la souveraineté et les limites à celle-ci en droit international. Par rapport à la première notion, la souveraineté est un pouvoir suprême reconnu à l'Etat, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national (*souveraineté interne*) et son indépendance absolue dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements (*souveraineté externe*). Mais au nom de la paix et au nom de l'intérêt de l'humanité, les Etat peuvent concéder

²⁴ *Idem.*

volontairement une partie de leur souveraineté au profit de droit international.

En ce qui concerne le bien fondé de droit international qui convainc les Etats à s'y soumettre, il faut noter que le véritable fondement de droit international est la solidarité créée par les besoins sociaux. Ce sont ces besoins qui produisent les règles de droit par lesquelles la liberté des Etats est limitée.

Tout ceci nous a amené à nous pencher sur la question des Mbororo en RDC, notamment par rapport aux pressions internes qui empêchent finalement l'Etat congolais d'user pleinement de sa souveraineté nationale vis-à-vis de ces éleveurs dont le statut n'est toujours pas clairement défini. Et par rapport aux pressions externes qui se sont caractérisées par les recommandations de la mission de l'Union Africaine et le déferlement des organisations non gouvernementales et plusieurs agences de système de Nations unies dans le Bas-Uélé et le Haut-Uélé. Après discussion, les résultats ci-après ont été atteints :

- La RDC éprouve une certaine difficulté à contrôler effectivement les vastes zones et frontières de la partie nord-est du pays, difficulté due entre autres à la faiblesse de l'Etat liée aux conflits multiples desquels elle tente de se tirer :

- Non seulement le recensement et le regroupement des Mbororo n'ont pas eu lieu mais aussi la RDC n'arrive toujours pas à contrôler les mouvements d'entrée et de sortie des Mbororo sur le sol congolais ;

- Les pressions internes et externes semblent être bien réelles aux vues des incidents entre Mbororo et population locale ainsi que entre Mbororo et FARDC enregistrés depuis l'arrivée de ces éleveurs. Des multiples missions parlementaires et l'implantation dans le Bas-Uélé des services spécialisés de la RDC sont une preuve supplémentaire de ces pressions. Sur le plan externe les recommandations de la mission de l'UA ainsi que l'intensification des activités diplomatiques dans le Bas-Uélé et autres justifient cette pression ;

- Sur le plan externe, l'Etat congolais a préféré implicitement se conformer aux textes internationaux qu'elle a ratifiés et ce, conformément aux articles 215 et 217 de la constitution de la RDC ;

- La pression internationale est exacerbée par la présence prépondérante des plusieurs diplomates particulièrement des Etats du Sahel, dont sont issus les Mbororo, au sein des organisations internationales.

Il apparaît donc clairement que la politique de la RDC, face à la question mbororo est de ne pas fâcher ses partenaires africains et internationaux au détriment de ses citoyens qui, au-delà des souffrances liées à la présence des Mbororo, émettent des inquiétudes par rapport à ces pasteurs. En effet, ils évoluent de façon quasi-incontrôlée et des mouvements du genre islamisme ou djihadisme peuvent facilement se développer, lorsqu'on sait que la plupart

L'occupation mbororo dans les Uélé

de ces Mbororo pratiquent la religion musulmane et qu'à la porte de la RDC avec la République centrafricaine (RCA) il y a actuellement un conflit sanglant qui oppose les chrétiens et les musulmans. Donc les Bas-Uélé et Haut-Uélé doivent attirer une attention particulière de l'Etat congolais en vue de résoudre la question des Mbororo car, outre la LRA dans la même région, la menace des milices Anti-Balaka et Seleka de la RCA est à ses portes.

BIBLIOGRAPHIE

- Acte constitutif de l'Union africaine, Article 4, point J, A.C.U.A, Lomé, 11 juillet 2000, p. 7.
- Assemblée nationale de la RDC, Rapport de la commission d'enquête sur la présence des éleveurs mbororo dans la Province orientale, décembre 2007.
- BOURELZ, P., *Dictionnaire constitutionnel*, sous la dir. d'O. DUHAMEL et Y. MENY, PUF, 1992, p. 989.
- Convention de Vienne, Vienne (Autriche), 23 mai 1969.
- DUPUY, P.-M., *Grands textes de droit international public*, Dalloz, Paris, 1995, p. 72.
- GAUTHIER, D., et al. *Agriculteurs et éleveurs : deux communautés, deux activités dominantes, pour quelle intégration territoriale ?* CIRAD - PRASAC, 2003, p. 3.
- IKP Pax-Christi, *Les migrations transfrontalières des Mbororo au nord-est de la République démocratique du Congo étude de cas au Haut-Uélé et au Bas-Uélé*, IKP Pax- Christi, Pays- Bas, 2007.
- International Crisis Group, *Afrique centrale : Les défis sécuritaires du pastoralisme*, Rapport Afrique n° 215, Bruxelles, 1^{er} avril 2014.
- LAVIEILLE, J.-M., *Relations internationales. La discipline, les approches, les facteurs, les règles, la société internationale, les acteurs, les évolutions historiques, les défis*, Ed. Ellipses, 2003, p. 44.
- OCHA, *Listing des incidents dans les Haut et Bas Uélé 2013*, OCHA, juillet 2013.
- ONU, Article 2 de la charte des Nations unies, San Francisco, 26 juin 1945.
- REY, A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, p. 2000.
- Document tiré sur www.agora.qc.ca/documents, le 27 mars 2015 en 13h 14'.
- RIGAUDIERE, A., *Gouverner la ville au moyen âge*, Anthropos Economica, Paris, 1993, p. 67.
- Union africaine : *Mission d'information sur les migrations des pasteurs nomades mbororo, dépêchée en République démocratique du Congo, au Soudan, en République Centrafricaine et au Cameroun*, rapport de la 97^{ème} réunion du Conseil de paix et de sécurité, 25 octobre 2007, p. 12.
- ZHEKEYEVA, A., *La souveraineté et la réalisation de la responsabilité internationale des Etats en droit international public*, Law. Université Paris-Est ; Université Nationale d'Eurasie, 2009, p. 13-55.

L'IDENTITE DJENNEKE A L'EPREUVE DES REFORMES POLITIQUES : DEMOCRATIE ET DECENTRALISATION

**Boureima Touré,
enseignant chercheur à l'Université des lettres
et des sciences humaines de Bamako (ULSHB)**

La grande diversité ethnique de la population de Djenné, constituée de générations successives d'immigrants pacifiques ou conquérants, avec ce que cette histoire laisse de traces dans les mémoires pourrait laisser craindre que la question ethnique ne soit brûlante dans cette cité. Tout au contraire, Djenné révèle un phénomène de rejet de l'ethnicité au profit d'une identité construite à travers l'histoire, le commerce, la religion et la politique. Revendiquée par la majorité de la population, cette identité constitue, en soi, un maillon essentiel de la cohésion de la ville. Ici, en effet, la méthode qui consiste à étudier une société en commençant par l'énumération des différents groupes ethniques qui la composent ne mène à rien.

Car, dans cette cité, les catégories dans lesquelles certains groupes se situent ne renvoient pas à une classification en ethnies. En outre, le niveau actuel d'intégration des communautés a fortement réduit les frontières ethniques et a créé une nouvelle identité qu'on désigne par le terme « Djennenké » ou « Djenne-boro » ou encore « Djennenkobè ». Par ailleurs, avec l'avènement de la démocratie assortie de la décentralisation, on assiste, à travers cette identité, à tout un autre processus qui a consisté à ajuster la réforme adoptée aux réalités historiques, sociologiques et culturelles. Pour comprendre ces phénomènes, il est intéressant de voir comment se présente la société djennenké, les facteurs ayant concouru à la formation de son identité et l'évolution récente de la démocratie et la décentralisation.

I - La société djennenké

En dépit des événements historiques qui permettraient de distinguer des vagues successives d'immigrants et de conquérants, l'observation de la ville de Djenné révèle aujourd'hui deux grands groupes sociaux : les Peul et les Djennenké.

A - Les Peul

Le groupe peul est composé des *Rimbé* ou *Dimo* qui sont, aux yeux de tous, des hommes libres ou de sang pur dans la conception locale et les *Jawambé* (courtiers). Indissociables de ce groupe, on retrouve au bas de l'échelle sociale les *Nyaybé* (griots ou artisans) et un ensemble d'esclaves qui se repartissent entre *Rimaïbé* (descendants d'anciens esclaves) et *Maccubé* (esclaves de case). C'est au sein de cette communauté fortement hiérarchisée que se forment les associations appelées *Waaldé*. Celles-ci regroupent les membres de tous les statuts, mais sans les confondre, puisque les relations de dépendance y sont réaffirmées de multiples manières. En particulier les fonctions d'animation et même de commandement sont généralement réservées aux nobles tandis que les fonctions subalternes et ancillaires sont dévolues aux esclaves. Ce que racontait Amadou H. Bâ, qui fut très jeune, et malgré sa faible taille, mais grâce à son statut et à sa vivacité d'esprit, *amiru* (chef) d'un *Waaldé*, reste toujours vrai : « Chaque association était en effet organisée selon une hiérarchie qui reproduisait la société du village ou de la communauté. Outre le *mawdo*, doyen et président d'honneur extérieur à l'association, il devait y avoir un chef (*amiru*), un ou plusieurs présidents ou vice-chefs (*diokko*), un juge ou *cadi* (*alkaali*), un ou plusieurs commissaires à la discipline ou accusateurs publics (*mutaassibi*), enfin un ou plusieurs griots pour jouer le rôle d'émissaires ou de porte-parole » (A. H. Bâ, 1991, 189).

Cette division de la société en groupes d'âge, appelée communément *cereterey*, est encore perceptible de nos jours dans les cérémonies de baptême, de mariage et de décès où il n'est pas rare de voir les personnes de même catégorie d'âge assises les unes à côté des autres. Sur le plan politique, le phénomène conserve une importance capitale. Il constitue en effet un réseau important de mobilisation pour bon nombre de leaders politiques de la localité. Or, on retrouve à peu près le même type d'organisation sociale au sein de la population dite *Djennenké*.

B - Les Djennenké, Djenne-boro ou Djennenkobé (gens de Djenné)

Le terme *Djennenké* (langue Sonninké ou Marka), *Djenne-boro* (langue Sonrai) ou *Djennenkobé* (langue Peul) ne désigne pas une ethnie mais plutôt un ensemble cosmopolite. Il recouvre tous ceux qui ne sont pas Peul ou qui, à l'origine, étaient Nono, Sonrai, Malinké, Mossi, et Bozo partageant à peu près la même langue locale. Dans sa classification des groupes ethniques du Soudan, Delafosse considère les *Djennenké* comme un peuple au même titre que les Nono ou Marka et tous les autres groupes ethniques (Bobo, Minianka, Dogon, Samo, Mossi et Dafing) qui acceptent une telle

appellation ; il indique d'ailleurs qu'ils constituent la presque totalité de la population de Djenné. La liste de patronymes qu'il donne à ce sujet se présente comme suit : *Traoré, Touré, Simpara, Fofana, Djabourouga, Diawara, Cissé, Gaano, Niaré, Niagaté, Tounkara, Baradji, Semega, Dramé, Haidara, Naabo, Payato, Koné, Timité, Sacko, Kourmassé, Djaby, Djabira, Koumaré, Kanté, Siby, Kamara, Soumaré, Doukouré et Kouma* (Delafosse, 1972, 89).

Chez les *Djennenké* on retrouve la distinction entre les hommes libres – *borcin* (nobles) ou *gaabibi* (peaux noires : esclaves affranchis), et un ensemble d'esclaves communément appelés *tam* où l'on distingue *bagna* et *kongo*, respectivement esclaves homme et femme. De même, on retrouve les *horso* ou *wolo-so* esclaves nés de la maison du maître, et qui vivent dans une sorte d'exclusion puisqu'ils n'ont pas accès à certaines fonctions de responsabilité politique. La classe des *borcin* est elle-même divisée en trois sous-groupes : les *waakorey* (les purs), ceux dont les géniteurs sont nobles et appartenant au même groupe ethnique ; les *waakoy* (qui contient du lait : métis), issus du métissage entre deux groupes différents (Bozo, Marka ou Sonraï) ; les *gaabibi* (peaux noires), esclaves affranchis restés clients de leurs anciens maîtres, conservant certains rapports de subordination avec ces derniers.

C'est au sein de cet ensemble structuré que se forment les associations appelées *tilla*. Contrairement à l'association des Peul (*waalde*), celle des *Djennenké* peut être dirigée par n'importe lequel de ses membres, exceptés les esclaves. La difficulté fondamentale relative à ce groupe est donc l'identification des ethnies. En rappelant les définitions de plusieurs auteurs sur l'ethnie (P. Mercier, G. Nikola, F. Barth), J. L. Amselle dénombre sept critères qui nous permettent d'identifier un groupe ethnique : la langue, un espace, des coutumes, des valeurs, un nom, une même descendance et la conscience qu'ont les acteurs sociaux d'appartenir au même groupe. Il ressort cependant de nos constats que, à Djenné, plusieurs groupes ethniques (Marka, Sonraï, Bambara, Malinké, Bozo, Bobo et Dafing) revendiquent plutôt l'identité *djennenké* ou *djenne-boro* que leur ethnie d'origine.

Toutes étant venues d'horizons divers, aucune des ethnies vivant à Djenné ne revendique de nos jours une origine extérieure. De plus, les relations intergroupes tissées à travers l'histoire, le commerce, la politique, les pratiques et valeurs islamiques ont modifié les comportements sociaux à tel point qu'il est difficile de distinguer une ethnie. Au-delà des patronymes qui peuvent parfois servir de référence, rares sont les groupes qui revendentiquent une autre identité que celle des *Djennenké*. En outre, ils s'expriment tous dans la langue locale propre à la ville de Djenné, appelée *djenne-ciini* (en sonraï), *djennekakan* (en bambara) ou encore le *djennekoore* (en peul). Il s'agit d'une variante de la langue sonraï proche de celle de

Tombouctou. Delafosse affirme à ce sujet : « La langue de Djenné est la langue sonraî, il est vrai... mais c'est là un phénomène dû à des raisons politiques et économiques, et qui n'a rien à avoir avec l'origine ethnique des *Djennenké* » (Delafosse, 1972, 239). Ceci est d'autant plus frappant que le *bamanakan* (la langue des Bambara) est la langue la plus utilisée dans le cadre des échanges commerciaux avec les populations venues de l'extérieur (Barry, 1990, 206) : mais « il ne vient à l'esprit de personne de présenter cette dernière comme langue de Djenné ».

D'ailleurs, « dans le marché quotidien de Djenné, le *djenne-ciini* ou le *koïra-ciini* domine les transactions », à la différence de ce qui se passe le jour du marché hebdomadaire. De plus, à la mosquée aussi bien que dans les cérémonies de baptême, les prêches et les bénédictions sont dits en *djenne-ciini*. Ceci montre que la langue Bambara a essentiellement une fonction commerciale avec les populations venues de l'extérieur, alors que, au contraire, le *djenne-ciini* reste la langue dominante par ses fonctions culturelles, religieuses et politiques. Pour autant, l'identité *djennenké* ou *djenne-boro* pourrait-elle, et devrait-elle, être considérée comme une ethnie ? Cette question nous amènera à analyser ultérieurement l'identité *djennenké* et à voir comment elle s'est construite à travers l'histoire.

II - L'organisation politique traditionnelle de Djenné

Le système actuel de l'organisation politique « traditionnelle » de Djenné semble remonter aux XV^e, XVI^e et XVII^e siècles, époque de la domination des Sonraî. Les concepts relatifs à ses structures et à son organisation l'attestent. Ainsi, l'ossature de l'organisation politique révèle trois niveaux distincts : la famille, le quartier et la ville. Même si ce système d'organisation ne bénéficie plus de sa vigueur d'autan, du fait de l'évolution politique du pays, il pourrait être encore sollicité en cas de crise profonde ou de prise de décision importante liée aux intérêts de la ville. Chacune de ces entités se caractérise par des pratiques et des règles qui sont en corrélation les unes avec les autres. En outre, certaines chefferies traditionnelles et grandes familles maraboutique ayant de la réputation dans la ville sont aussi sollicitées dans la gestion des affaires.

A - La famille

Appelée communément *huu* ou *galle*, la famille restreinte est la base de toute l'organisation traditionnelle de Djenné. Elle est placée sous la responsabilité du *huu-koy* ou *jom-galle* (chef de famille) qui exerce son autorité sur toutes les personnes et les choses qui l'entourent (champs, concession et conseil de famille). Ce faisant, ce chef de famille jouit d'une notoriété et de marques de déférence qui font de lui un notable, à telle

enseigne qu'il est par exemple difficile pour un membre de sa famille d'afficher publiquement une opposition à ses idées politiques. Cette situation met les chefs de famille au premier rang des couches convoitées lors des campagnes politiques. Cependant, ces chefs de famille sont généralement liés à leur patrilignage (*baba-huu* ou *suudu-baaba*) qui peuvent selon les circonstances influencer les décisions prises dans les familles.

B - Les quartiers

L'organisation des quartiers utilise à peu près les mêmes vocables parentaux pour désigner ses structures. Chaque quartier est en effet organisé autour du *farandi-baba-huu* (litt : quartier-père-maison) formant une sorte de patrilignage pour ses habitants, et qui s'étend à toutes les familles qui le composent. Le quartier est dirigé par un *farandi-amir* (litt. : quartier-président). Contrairement au patrilignage, composé des familles, le *farandi-baba-huu* regroupe en son sein plusieurs catégories de groupes d'âge appelé *cereterey* (camaraderie). Au sein des quartiers, ces groupes d'âge forment des associations appelées *tilla* ou *waaldé*.

Constituées généralement dès l'âge de la circoncision, ces associations ont des relations étroites avec les conseils des quartiers. Elles sont ainsi sollicitées pour toutes les activités relevant de l'intérêt du quartier ou de la ville. Lorsqu'un groupe d'âge atteint les vingt un ans, il aura ainsi le privilège de voir son représentant (*amir*) prendre place au sein du conseil du quartier. Cependant, il n'en est qu'un membre passif, puisqu'il n'a pas le droit de discuter les décisions du conseil ; il n'en est membre qu'en tant qu'exécutant des décisions du conseil. Mais après avoir dépassé la limite de *sarfa* (l'âge du mariage), le représentant du groupe d'âge siège dans le conseil comme membre actif, ayant droit à la parole. Par ailleurs, les représentants des catégories d'âge dépassant la cinquantaine siègent dans le conseil comme membres de droit et conseillers du chef de quartier. Ainsi, le conseil de quartier regroupe plusieurs catégories de groupes d'âge et quelques personnages du quartier appelés *boro-saahinté* ou *saahibé* (personnes sages) qui veillent à l'équilibre des décisions prises par le conseil par rapport aux principes de la religion et aux traditions de la ville.

C - La ville

Les questions délicates relevant de l'intérêt de la ville de Djenné sont discutées par un conseil restreint communément appelé *batu* qui regroupait tous les représentants des quartiers et quelques marabouts notables de la ville. Présidé par le *Koîra-kokoy* (chef de la ville), ce conseil discute généralement des sujets liés à la sécurité de la ville, à la nomination de l'imam, au crépissage de la mosquée ainsi que des difficultés liées au

recouvrement des impôts et aux calamités naturelles. Dans les prises de décision comme dans leur exécution, il apparaît une certaine complémentarité entre le *batu* et les conseils de quartier.

Pour tout sujet relevant de l'intérêt de la ville, les chefs de quartiers sont informés par le *Koîra-kokoy*. Ces derniers discutent du problème au niveau des conseils de quartier et les décisions prises sont transmises au *batu* par leurs représentants. Et en retour, les décisions prises par le *batu* sont transmises aux conseils de quartier, et l'exécution se fait travers les réseaux de groupes d'âge et les familles. Ainsi, toute prise de décision au niveau de la ville requiert le point de vue de toutes les instances. Le fonctionnement des structures bannit l'individualisme dans la conduite sociale. Cependant, l'évolution socio-politique et économique actuelle fait que certains, par leur nouvelle position, prennent des décisions en marge de ce processus traditionnel.

III - De l'identité *djennenké*, *djenne-boro* ou *djennenkobè*

La particularité de la ville de Djenné s'explique par la convergence de plusieurs phénomènes. En plus de son ancienneté et de son cosmopolitisme traditionnel, elle a été un grand centre commercial, religieux et politique. C'est ce rôle, joint d'ailleurs à une position stratégique de carrefour sur les routes commerciales, qui aurait suscité l'intérêt et même la convoitise de tous les grands empires de l'époque pré-coloniale. Ainsi, loin d'être une société repliée sur elle-même, Djenné était sans doute intégrée dans d'autres formations plus générales qui lui déterminaient et lui donnaient un contenu spécifique. Mais elle-même doit aussi être considérée comme constituée d'un réseau de relations qui doivent être explorées, si l'on veut trouver la clé de son fonctionnement réel. Nous nous proposons ainsi de montrer que l'identité *djennenké* ou *djenne-boro* résulte de la coïncidence de trois réseaux d'intégration à la société *djennenké* : le commerce, la religion et la politique.

A - Le commerce

Les auteurs, à commencer par Es-sadi, sont unanimes sur la tradition commerciale de Djenné. Certains témoignages donnent l'antériorité au commerce sur l'islam. « L'entrée de Djenné dans l'orbite des échanges commerciaux transsahariens semble remonter au X^{ème} siècle » (D. Diakité, 1999, 47). Et en se référant au *Tarikh al-Fattash*, l'auteur indique par ailleurs que c'est au milieu du XIII^{ème} siècle que le souverain de Djenné, *Koy Komboro*, se convertit à l'islam.

C'est le site de la ville qui expliquerait son importance historique, en tant que point de rencontre, et les ambitions de conquête qu'elle a fait naître chez les empereurs du Mali. « Elle se situait au carrefour des routes allant des pays

maghrébins aux pays du Sud, vers l'or du Bitou, vers la cola de la forêt et les esclaves des pays du Sud, pays auxquels elle pouvait faire parvenir le sel et toutes sortes de marchandises venant d'au-delà du Sahara. Elle ne pouvait ne pas susciter des convoitises » (A. Bâ Konaré, 1999, 28). La stratégie des empereurs de l'époque était non seulement de s'approprier les territoires d'où provenaient les richesses du moment, mais aussi de contrôler les routes y conduisant.

De par sa position de relais, Djenné a été, sans aucun doute, une zone de convergence des biens provenant de plusieurs sociétés et de marchands aux cultures différentes. Dans un tel creuset, les échanges entre groupes peuvent se développer et se diversifier en créant ainsi un réseau d'intégration sociale. C'est ainsi que, probablement, plusieurs groupes (Marka, Bobo, Sonrai et Bambara) qui, à l'origine, étaient venus pour des raisons commerciales ou religieuses, finirent par s'installer dans la ville. De même, certains groupes Arma et Marka s'identifient beaucoup plus par leur activité professionnelle (artisans et *barey*) que par leur ethnie d'origine. En somme, on peut affirmer que les activités économiques ont permis à bon nombre de groupes de s'intégrer à la société *djennenké*. Ce qui est valable pour le commerce l'est aussi pour la religion et la politique.

B - La religion : l'islam

A Djenné, l'islam est manifestement un facteur de cohésion et d'intégration sociale. Ne faisant pas de distinction entre groupes et statuts, il rassemble toute la population de la ville, quelle que soit son origine, autour de la foi islamique. « Le lien le plus fort, celui qui est le plus anciennement encré et qui participe aujourd'hui de l'identité même des Djennénké, c'est l'islam » (Diakité, 1999, 45). Aujourd'hui encore, on entend dire : « A Djenné, tout le monde prie ». Il importe cependant de noter que l'islam pratiqué à Djenné jouit d'une certaine particularité, qui s'explique, selon certains auteurs (Bah et Diakité), par la diversité de sa population, mais aussi par la longue survie de l'animisme et l'influence récente des empires Peul et Toucouleur.

En s'opposant successivement aux différentes entités religieuses, les Djennénké semblent avoir adopté un islam conforme à leur identité et qu'ils défendent avec une évidente fierté. « Voilà Djenné complexe et fascinante ! » a déclaré A. Ba Konaré. Confondue avec l'islam, cette revendication identitaire représente certainement une force pour l'unité des *Djennénké*. La récente opposition de la ville au barrage de Talo a en effet permis à tous ceux qui, de l'intérieur ou de l'extérieur, revendiquaient cette identité de s'unir contre ce projet de l'Etat malien, et de parvenir à fortement retarder la mise en œuvre d'un projet considérablement amendé.

Cette revendication identitaire peut cependant freiner l'évolution de sa société. Par exemple, l'islam pratiqué à Djenné rejette la notion de laïcité alors que l'Etat malien se proclame laïc. De plus, cet islam n'est pas à l'abri de menaces extérieures. L'émergence récente de la secte *Ansar Dine* est de plus en plus perçue comme une menace, et la dernière visite de son représentant aurait suscité de vives polémiques au sein de la population. De même, la récente tentative de l'ambassade des Etats-Unis d'établir des relations étroites avec l'islam de Djenné n'aurait pas été appréciée par bon nombre des habitants.

Indépendamment de son contenu religieux, mais à cause des liens qu'il établit entre personnes de statuts différents, l'islam donne accès à d'autres moyens d'intégration à la société *djennenké*. Il y a de cela des signes très révélateurs. D'abord, en parvenant à maîtriser la langue locale, le *Djenne-ciini*, les élèves des écoles coraniques peuvent préparer leur identification en qualité de fils de la ville sainte. Mais surtout, au cours ou à la fin de leurs études coraniques, certains étudiants finissent par prendre le patronyme de leur maître, comme l'ont toujours fait les dépendants au cours des temps. Dans ce cas, le patronyme premier disparaît. Cette labilité des patronymes a déjà été évoquée par F. Barth, comme une illustration d'un phénomène plus général : « Un acteur social, en fonction du contexte où il se trouve, opérera à l'intérieur du corpus catégoriel mis à sa disposition par la langue, un choix d'identification » (Amselle, 1999, 34).

Dans la pratique, ces acteurs peuvent s'affilier soit à l'identité de la ville ou à une ethnique quelconque de leur choix. C'est ainsi qu'un habitant de la ville déclare : « A l'origine, mon grand-père était diarra. Lorsqu'il est venu étudier à Djenné, il a pris le nom de son maître : Cissé. Et en faisant le petit commerce, il a fini par s'installer dans la ville. C'est ainsi que notre père est devenu Cissé et nous sommes tous désormais des *gens de Djenné* ». De même, Gallais montre que, Barry de la tribu *Ourubé* qu'il était, Sékou Amadou, fondateur de la *Diina*(1818-1862), était devenu Cissé à la prise de pouvoir. Ainsi, on peut affirmer qu'à Djenné, les ethnonyms aussi bien que les patronymes ne sont pas figés, ils peuvent évoluer selon les contingences historiques et les intérêts socio-économiques, politiques et religieux des acteurs.

C - La politique

Le contrôle de la ville de Djenné a été l'objectif de plusieurs empires (Mali, Songhoy, Arma, Bambara, Peul et Toucouleur). Par ailleurs, il est remarqué que le concept de « gens de Djenné » est désigné différemment dans trois langues de la localité : *Djennenké* (en soninké ou marka), *Djenne-boro* (en sonrai) et *Djennenkobé* (en peul), alors même que ces trois termes

signifient une seule et même chose, précisément « les gens de Djenné ». Or, il ressort de nos investigations que chacun d'eux connote une domination politique assortie d'une langue. Autrement dit, le concept « gens de Djenné » aurait pris forme et aurait évolué en fonction des multiples dominations que la ville a connues.

Ainsi, dans le processus de création de la ville, les premiers étrangers, des Marka qui ont fourni l'impulsion extérieure à la première population Bozo, avaient bien leur identité spécifique, s'appelant ou étant appelés Nono ; mais ils ont pu devenir par la suite *Djennenké* lors et à cause de la domination des *Sonraï*. Ce phénomène pourrait s'expliquer par le fait que les Marka, ayant longtemps cohabité avec les Bozo, s'étaient progressivement intégrés à ces derniers ou éventuellement avaient formé avec eux une population totalement métissée. Ils ont pu ainsi se considérer comme gens de la localité, *Djennenké*, face aux nouveaux détenteurs du pouvoir venus d'ailleurs pour s'imposer par la force.

La même logique jouera à nouveau lors de la conquête marocaine, puis à nouveau lorsque ses derniers représentants seront vaincus par les Peul : les populations autochtones se sentiront alors *Djenne-boro* face à l'intervention extérieure. D'après ce qu'on sait des troupes qui ont défait l'empire sonraï, « ces étrangers dont l'encadrement était andalou ou européen, en majorité, conservant le souvenir d'avoir été chassés de leur patrie, eurent peut-être un moment l'idée d'organiser le pays à leur profit ; ils n'y parvinrent pas mais se fondirent dans la population » (J. Brunet-Jailly, 1999, 10).

Cependant chez les Peul, qui constituent la dernière vague de conquête, la plus récente, c'est le phénomène contraire qu'on observe : ou plutôt le phénomène inachevé, interrompu dans son cours. En effet, dans la conception locale, les Peul ne sont pas inclus dans la population *Djennenké* ou *Djenne-boro*. Le concept *Djennenkobé* désigne ainsi la grande majorité de la population de Djenné, exceptés les « Peul de Djenné ». Il est important de noter que la domination peul n'a duré que quarante-cinq ans, tandis que celles des Marka et des Sonraï ont l'une et l'autre duré plus d'un siècle. D'ailleurs certains témoignages recueillis dans la ville affirment qu'à l'époque de la *Diina*, le processus d'intégration avait déjà été amorcé. Il se traduisait par exemple par le fait que, à cette époque, si un guerrier perdait la vie au cours d'une bataille, sa femme était remise à un autre de même statut mais d'origine ethnique différente.

Mais ce processus sera interrompu par les troubles causés par l'intervention toucouleur. Et, bien entendu, l'arrivée des colonisateurs n'a pas permis au processus d'intégration des Peul de poursuivre son cours normal, car « lorsque les Français entrèrent à Djenné ce fût bien sûr à la chefferie songhaï qu'ils eurent affaire... » (G. Holder, 1999, 17). A vrai dire, la conquête coloniale va non seulement interrompre le processus

d'intégration des Peul mais aussi introduire un autre type de relation avec les nouveaux maîtres de la ville. On passe désormais à une autre forme de relation de pouvoir, car, loin de vouloir s'intégrer, les nouveaux maîtres cherchent plutôt à créer des stratégies d'assimilation pour mieux asseoir leur domination. Au contraire, dans l'histoire de Djenné jusqu'au XIX^e siècle, lorsqu'une nouvelle autorité politique s'emparait de la ville, l'autorité politique précédente, désormais vaincue, tendait à abandonner son identité d'origine, qu'elle avait conservée pendant toute sa domination, et adoptait en la renforçant l'identité de la ville de Djenné.

IV - L'identité djennenké à l'épreuve des réformes politiques

A - La démocratie

La difficulté qu'on éprouve à comprendre le jeu politique de la ville de Djenné tient pour l'essentiel à l'idée qu'on se fait de la démocratie : un système politique dans lequel les populations devront, dans la plus scrupuleuse égalité, s'exprimer individuellement dans le cadre de la citoyenneté. Autrement dit, chacun est supposé « se transformer en individu assez politisé pour pouvoir effectuer consciemment des choix dans le cadre d'une représentation élue sur des bases multipartisanes » (Chabal et Dalloz, 1998, 69). Mais, en réalité, avec l'avènement effectif de la démocratie, assortie de la décentralisation, on assiste à Djenné à un tout autre processus, qui consiste à ajuster la réforme venue de la capitale aux réalités historiques, sociologiques et culturelles de la ville.

Ici, il est important de noter que, à Djenné, il est difficile de déterminer à l'avance ce qui relève ou non de la politique, du fait de l'enchevêtrement des domaines politique, économique et religieux. Le commerce qui, jadis fut le premier élément d'intégration à la société *djennenké*, n'est plus aussi prospère et ne jouit plus de sa réputation d'antan, du fait du développement des centres voisins : San, Baramandugu, Sofara et Mopti. C'est ainsi que, à l'opposé des populations qui ont migré vers les nouveaux centres, plusieurs groupes marka et sonraï, restés à Djenné, se sont purement et simplement reconvertis dans les activités de maraboutage.

Devenu lucratif, le statut de marabout confère aussi un prestige considérable à ceux qui l'acquièrent dans la ville. De même, sans être directement engagées dans l'arène politique, mais parce qu'elles sont considérées comme les protecteurs de la cité, les grandes familles maraboutiques sont consultées pour tout ce qui a trait à la gestion et à l'image de la ville. Encore de nos jours, une grande partie des familles qui comptent dans la ville sont des familles maraboutiques. Ainsi, ayant remplacé le commerce autrefois si florissant, la religion jouerait désormais, mais de façon obscure, un rôle prépondérant dans la politique à Djenné. Mais pourquoi pas,

puisque, pour certains auteurs, Diakité par exemple, l'identité *djennenké* se réduirait à l'islam ?

Une autre adaptation de la démocratie vient de ce que, sans être rigides dans la pratique, les relations de dépendance entre nobles, esclaves affranchis (*gaabibi*) et *horso* sont toujours d'actualité. Jusqu'à présent, ces derniers ne peuvent donc pas prétendre à certains postes de responsabilité politique dans la gestion de la ville. Sur le plan électoral, ils sont par ailleurs généralement considérés comme les premiers alliés et agents de leurs anciens maîtres. Ils peuvent cependant changer de couleur politique par rapport à ces derniers, mais sans pour autant l'afficher publiquement, car alors ils risqueraient d'être dénigrés ou de perdre certains avantages toujours octroyés par leurs anciens maîtres.

Il fallait aussi localement tenir compte du fait que les chefferies politiques traditionnelles de la ville bénéficient encore de quelque influence dans les quartiers. Au cours des campagnes politiques, elles constituent de véritables réseaux de tractations, ponctuées d'allégeances et de dons, ce qui leur vaut la sympathie et la convoitise des leaders politiques modernes. De même, la notion de *cereterey* (camaraderie) fonde un réseau important de clientèle dans la ville. Par ailleurs, il faut admettre, à Djenné comme ailleurs au Mali, que dans la population, la compréhension de la signification du vote, de la citoyenneté, semble encore très limitée.

Bref, on voit qu'il s'agit là d'un ensemble de phénomènes qui font que l'action politique d'individus isolés ne peut être qu'insignifiante. Seuls peuvent agir en pratique les groupes d'âge, seule peut être efficace l'identité *djennenké*, dont on doit se présenter comme un témoin incontestable et irréprochable, à laquelle on doit se conformer parfaitement, et grâce à laquelle on pourra élaborer des réseaux de relations, mais aussi des propos et propositions qui joueront sur des thèmes intimement entrelacés de la religion, de la politique et de l'économie. C'est cette identité qui crée le type d'homme politique idéal de la localité. Elle passe par des relations entre statut et ethnies, entre l'histoire et le présent, entre les représentations et les intérêts, relations qui ne sont pas celles qu'on trouve dans une société conforme au modèle wébérien par exemple.

Dans ce contexte, la conformité à tous les traits de l'identité *djennenké* ou *djenne-boro* sera un élément stratégique pour les leaders politiques qui voudront se rendre populaires. L'identification précise de tous ces traits est d'autant plus importante que toute candidature, toute tentative de campagne qui s'appuierait sur une revendication ethnique serait, autant que nous puissions en juger, vouée à l'échec. Ceci n'implique pas forcément que les leaders des groupes minoritaires soient défavorisés ou exclus par le système de la démocratie actuelle, mais il semble que leur ascension politique dépende non seulement de leur largesse, mais plus encore de leur capacité à

maintenir intacts, étroits et même intimes leurs liens avec leur groupe, et aussi des stratégies qu'ils déploient pour se faire reconnaître comme authentiquement et complètement *djennenké* auprès de tous les autres groupes, afin de gagner leur adhésion.

B - La décentralisation à Djenné

Le changement politique intervenu en mars 1991 au Mali a eu des répercussions institutionnelles sur l'ensemble du pays. Et, à Djenné en particulier, il s'est accompagné d'une vaste réforme administrative et institutionnelle couronnée par la création des communes. Les élections locales ont permis la mise en place d'un conseil communal auquel est désormais confiée la gestion des affaires. A travers ce dessein, l'Etat a instauré une nouvelle forme de gestion favorisant la participation des populations à la gestion des affaires locales. Ainsi, la population de la commune de Djenné est appelée à choisir elle-même ses responsables selon les principes du suffrage universel, afin de leur confier la gestion et la défense des ressources de la commune.

La réussite d'un tel projet nécessite une forte adhésion de la population à la réforme, ainsi que la mobilisation de toutes ses structures autour des actions de l'institution communale. Cependant, l'évolution des communes en général, et celle de Djenné en particulier, a du mal à confirmer une telle attente. Bien au contraire, lamer constat qui s'impose révèle une indifférence manifeste de la population, qui la traduit par l'incivisme et la faiblesse de la mobilisation autour des actions de développement de la commune : très faible recouvrement des impôts et taxes, lenteur dans l'exécution des projets entrepris par le conseil communal, sabotage des chantiers publics, etc. Dans la pratique se crée un climat de méfiance entre la mairie et la population et l'institution communale se racornit jusqu'à n'être plus qu'une simple bureaucratie, point par point assimilable aux formes d'administration précédentes que la ville a connues.

On doit donc se demander, aujourd'hui, comment expliquer la faible mobilisation des populations autour des actions de la commune. Une forte collaboration entre l'institution communale et les structures traditionnelles du pouvoir pourrait-elle constituer une alternative crédible pour amorcer un réel développement « participatif » ? Une telle approche nous paraît nécessaire. En fait, deux questions nous paraissent essentielles pour comprendre la situation : le rôle des autorités traditionnelles et la place faite aux contraintes publiques dans une stratégie de développement.

C - Une place pour les autorités traditionnelles

La gestion communale des affaires repose sur un partenariat entre plusieurs acteurs dont l'Etat, le conseil communal et les autorités traditionnelles. La loi n° 96-056 déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales confère à l'Etat un droit de regard et de contrôle sur les activités du conseil communal. Elle stipule en son article 18 : « Les collectivités territoriales exercent leurs activités sous le contrôle de l'Etat et dans les conditions définies par la loi ».

Quant à la loi portant Code électoral, elle permet au conseil communal de délibérer sur toutes les affaires de la commune, notamment celles relatives au développement socio-économique et culturel. Cette même loi n'accorde aux autorités traditionnelles qu'une voix consultative dans la gestion des affaires communales. Or, en tant que gestionnaires traditionnels des ressources, ces institutions locales demeurent jusqu'à présent des acteurs incontournables dans la gestion des problèmes liés à la terre, à l'eau et au pastoralisme. Ce qui nous met dans une situation de « dualisme ou de pluralisme juridique » (Keita, 2001, p. 9).

C'est là un phénomène que certains expliquent par l'histoire. « L'enquête que nous avons faites en vue de connaître l'état de la propriété foncière nous a permis de constater qu'au demeurant trois catégories de population ont bénéficié du nouvel état des choses. Les anciens serfs (*Rimaîbé*), les Bozo et les chefs politiques (sonrai et peul). Les premiers ont gardé les champs qu'ils étaient appelés à exploiter, les seconds sont restés partout comme maîtres des eaux et les derniers ont agi comme chefs politiques » (Monteil, 1932, 171).

Mais avec l'avènement de la décentralisation, les dispositions des lois semblent limiter le rôle des autorités traditionnelles dans la gestion des affaires locales. D'ailleurs, en pratique, ces dernières sont de plus en plus assimilées à une entité chargée d'apaiser les conflits sociaux ou d'accueillir les délégations officielles venant de la capitale régionale ou de Bamako. Pourtant, elles ont un rôle avéré dans la gestion des ressources qui constituent de nos jours un enjeu fondamental du pouvoir en milieu rural.

Mais plusieurs interrogations subsistent. La longue cohabitation des populations avec les autorités traditionnelles dans la gestion des ressources va-t-elle permettre aux premières de se détourner des secondes, ou de les contourner, pour traiter directement avec le conseil communal ? Le rôle consultatif dévolu aux institutions traditionnelles est-il compatible avec leur influence réelle dans la gestion des affaires locales ? La position actuelle de retrait de l'Etat dans la gestion des affaires locales crée-t-elle un cadre de gestion consensuelle ou bien favorise-t-elle une concurrence entre les élus et les autorités locales traditionnelles dans la gestion des ressources ?

D - Les contraintes publiques et le développement

Au-delà de ces différends entre entités dont la collaboration est vitale pour le développement de la commune, le rôle actuel de l'Etat et les logiques qui sous-tendent le « leadership local » à Djenné peuvent aussi être analysées pour apprécier ces phénomènes. En effet, alors que l'Etat se retire de la gestion des affaires locales, aucune contrainte n'assure plus le paiement des impôts. Or, de l'époque coloniale jusqu'à une période récente, l'impôt a toujours été imposé aux populations. De nos jours, il constitue la première ressource des communes qui, par contre, ne bénéficient plus des moyens de la contrainte publique. De même, avec l'avènement de la décentralisation, le discours sur l'impôt a connu peu d'évolution au niveau local. Fixé de l'extérieur, et par des logiques méconnues, il est encore mal perçu par bon nombre de personnes qui ne voient pas son importance. Et, dans le même sens, il ressort de nos constats que la majeure partie des populations ne fait pas encore de liaison entre démocratie et développement.

Au-delà de la liberté retrouvée face aux formes d'administration précédentes (liberté qui est d'ailleurs considérée par certains comme *yeremabila*), la question du développement et son lien avec la participation communautaire ne semblent pas encore être ancrés chez bon nombre de personnes. C'est cette situation qui transforme la mairie en une nouvelle structure bureaucratique, supplémentaire par rapport à l'Etat, moins exigeante que les précédentes, mais qui n'a rien du rôle d'un animateur ou d'un pourvoyeur du développement.

Quant aux élus communaux, ils se trouvent désormais entre deux logiques difficilement conciliables : ou bien conserver le statut de « notables locaux », ou bien jouer pleinement leur rôle dans la sphère communale. En effet le statut de maire confère désormais des avantages matériels et symboliques certains, que les élus cherchent à tout prix à pérenniser. Pour réaliser un tel dessein, ils doivent se conduire de manière irréprochable envers des populations qui, désormais, ont un nouveau statut d'électeurs leur permettant de sanctionner qui prendra une attitude jugée malveillante à leur égard.

Aussi, les maires vont se montrer indulgents, voire laxistes, en dépit le plus souvent de toutes les règles de la bonne gouvernance, et au profit des réalités communautaires (relations d'amitié, de parenté, voire de clan). Il est important de signaler à ce sujet qu'à Djenné il n'est pas facile de dire où sont les limites des relations d'une personne ou de sa famille. De même, amitié et parenté se chevauchent constamment, ce qui met les leaders politiques locaux dans une position délicate.

Evidemment, dans la gestion des problèmes liés au développement, les leaders politiques locaux sont constamment appelés à trouver un équilibre

entre le social, la politique et les principes de la décentralisation. C'est en raison de ce contexte difficile d'exercice de pouvoir communal que l'ex président de la République, Amadou Toumani Touré a pu déclarer, lors de la conférence annuelle de l'association des maires : « Il est plus facile d'être président de la République que d'être maire d'une commune. »

En fait, dans un tel univers, les élus sont beaucoup plus enclins à réaliser les actions susceptibles de consolider leur popularité et leurs relations sociales que de s'occuper des véritables problèmes de développement de la commune. Car, la logique du jeu montre qu'ils sont rarement jugés sur leur programme, mais plutôt sur leur attitude envers les populations. D'ailleurs lors des campagnes électorales, rares sont les candidats qui présentent un programme aux électeurs. Les discours sont généralement centrés sur les « comportements sociaux » des candidats en compétition et la capacité de chacun d'eux à se montrer un véritable *Djennenké*. C'est ainsi que lors des dernières campagnes pour les élections communales, un ancien candidat déclare: « A Djenné, les élections communales sont loin d'être de la démocratie mais plutôt le *fadenya*. Chacun est jugé selon ce qu'il vaut et ce qu'il représente pour les *Djennenké* ». Ce propos résume l'essentiel de l'enjeu des élections communales. Il importe cependant de signaler qu'une telle vision des choses à tendance à s'infléchir.

En effet, il est ressorti de nos constats que depuis quelques années, les discours s'orientent de plus en plus vers les problèmes internes du développement de la ville (l'assainissement, les infrastructures routières, la santé, l'éducation et l'emploi des jeunes). De même, certains commencent à faire des comparaisons sur l'état du développement de leur commune par rapport aux communes environnantes. De là naîtra inéluctablement une prise de conscience collective qui aboutira à des interpellations sur le développement de la commune.

*
* *

A la lumière de tout ce qui précède, il apparaît que Djenné a su construire un modèle de société qui rejette toute forme de revendication ethnique. Malgré les vicissitudes de l'histoire, elle a pu garder un équilibre dans son évolution. Et loin d'être une société fermée, Djenné ne s'ouvre que progressivement, et par persuasion, en faisant constamment le tri de ce qu'on lui propose pour maintenir sa stabilité et son identité. Par rapport aux récentes réformes, elle n'est pas restée inerte, car, à une nouvelle forme de gestion et de citoyenneté décrétée par les lois de la démocratie, Djenné oppose sa propre logique de gestion et de citoyenneté construite à travers son histoire et qu'elle essaye d'adapter à ce qu'on lui propose.

Ainsi, le changement souhaité dans le cadre de la décentralisation ne saurait être brusque et immédiat : les Djennenké ont besoin du temps pour comprendre et s'adapter. Malgré les hésitations et les logiques communautaires auxquelles la réforme actuelle est confrontée, les dernières élections communales ont montré que le changement s'opère, et la décentralisation ouvre désormais de nouvelles perspectives de développement pour la ville de Djenné.

BIBLIOGRAPHIE

- AMSELLE J. L., M'BOKOLO E. 1999. « Au cœur de l'ethnie (ethnie espace : pour une anthropologie topologique) », Paris, La Découverte.
- BAGAYOKO S.H, 2002 : « Démocratie et multipartisme au Mali », (26 mars 1991-26 mars 2001, X^{ème} anniversaire), *Bâtissons la mémoire du Mali démocratique*, Bamako, Centre Djoliba-Mémorial Modibo Keïta.
- BAH A. H., 1991 : « *Amkoulel, l'enfant peul* », Paris, Actes-Sud, (mémoire).
- BARRY A., 1990. « Le plurilinguisme : cas de la ville de Djenné », in JUNZO K. (sous la direction de), *Boucle du Niger, approche multidisciplinaire*, volume II, Tokyo, Institut de recherche sur les langues et cultures d'Asie et d'Afrique.
- BRUNET- JAILLY J., 1999 (dir). *Djenné, d'hier à demain*, Bamako, edt Donniya.
- CHABAL P., DALOZ J. P., 1999. “L’Afrique est partie ! du désordre comme instrument politique », (sous la direction de) MARTRE J. L, Paris, Economica (*des masques et des hommes : la question de l’identité*), (*les élites recyclées*).
- DELAFOSSE M., 1921. *Haut Sénégal Niger, (Soudan Français)*, Paris, réédition, Maisonneuve et Larose, 1972.
- FOMBA B., 1997. « Le trésor inexploité des communes », Bamako, *Le Républicain*, spéciale décentralisation,
- GALLAIS J., 1984. *Hommes du Sahel, espace temps et pouvoir, le Delta intérieur du Niger, 1960-1980*, Paris, Flammarion.
- HEATH L., 1990, *Dictionnaire songhay-anglais-français*, Tome II, le Djenné-ciini, Paris, Harmattan
- HOLDER G., 1999. *Système politique SAMA, parcours et relation d'une société guerrière dans la boucle du Niger, analyse comparative*, thèse de doctorat, Université Paris X, Tome 2, UMR CNRS n° 7535.
- KASSIBO B, 1997. « Décentralisation au Mali : état des lieux », *Bulletin de l'APAD*, n° 14, Hambourg.
- KEÏTA N, 2001. *Décentralisation et responsabilité dans le mode de gestion des ressources naturelles et les redevances y afférentes, les burgutières Yallarbé de Youarou*, Bamako, CUMBU/WRI.
Mission de décentralisation 1998. *Lois et décrets de la décentralisation*, 4^e édition, Bamako.
- Mission de décentralisation 1998. *Cadre d'une nouvelle dynamique de démocratisation et de développement*, Bamako, MDR
- MOMMEERSTEEG G., 1982. *Djenné chef d'œuvre architectural*, Paris, Karthala.

- MONTEIL Ch., 1932. *Une cité soudanaise, Djenné métropole du Delta central du Niger*, Paris, société édition géo-maritime.
- TOURE B., 1999. *Décentralisation : logiques institutionnelles et logiques communautaires, cas de la commune de Djenné*, Bamako, FLASH, DER sciences sociales, (mémoire de maîtrise).

LA VIOLENCE UNIVERSITAIRE AU MALI : PRINCIPES REGULATEURS D'UN MODE DE GOUVERNANCE DES ETUDIANTS

**Idrissa Soiba Traoré,
enseignant chercheur à l'Université des lettres
et des sciences humaines de Bamako (ULSHB)**

Résumé

Notre objectif dans ce travail est de faire un diagnostic de la question de la violence universitaire en rapport avec le mode de gouvernance que les étudiants exercent ou imposent surtout aux autres acteurs que sont leurs camarades et les enseignants. Nous sommes en face d'une situation de victimisation dans laquelle les détenteurs d'une parcelle d'autorité reconnue ou pas « font la loi » et usent de la violence pour une régulation de l'espace universitaire (Faculté, classes). Cette violence prend un caractère à la fois inhérent et transcendant. Le premier est marqué par les noms craintifs et actes posés par les étudiants qui animent les jeux de pouvoirs. Le second est lié au style de conquête du leadership au niveau des classes et de l'instance dirigeante qui est l'AEEM.

Mots clés : *gouvernance, violence, pouvoirs, espaces universitaires, conquête leadership, corruption, étudiants, enseignants*

La violence apparaît comme un fait inhérent à l'institution scolaire. La récurrence et la persistance du phénomène de violence ont abouti depuis 2006 à la création de l'Observatoire international de la violence scolaire. De nombreux auteurs se sont intéressés à cette question. Debarbieux (1996, 1999) procède à une analyse du phénomène de la violence scolaire en France. Il s'intéresse au niveau macro qui est l'école et micro qui est la classe. De ses conclusions, il ressort que les violences dans les établissements scolaires relèvent essentiellement de l'ordre de l'incivilité et se passent à l'intérieur des établissements. Pour l'auteur, le fait pour l'apprenant de ne pas se conformer aux normes de l'établissement s'explique par le sentiment d'inutilité de l'école.

Les élèves qui sont caractérisés par une perte de confiance dans les capacités de l'école à réguler le désordre quotidien posent des actes de violence. A l'échelle de la classe et à l'aune des perceptions des enseignants

et des élèves, l'étude montre que la violence est à la fois un blocage au projet d'enseignement (paroles, bruits, gestes de l'enseigné sont ressentis comme une violence) et un musellement qui se caractérise par l'obligation de se taire, par la soumission. Aux deux niveaux de l'échelle du système éducatif, Debarbieux invite le chef d'établissement et l'équipe pédagogique à s'impliquer pour une issue heureuse. C'est ainsi que, pour améliorer le climat et faire reculer la violence, l'auteur préconise une petite taille de la structure, une vraie politique de prévention basée sur des indicateurs précis, l'affirmation du rôle du chef d'établissement, la mobilisation collective, la formation des enseignants, la cohésion des équipes, le travail en partenariat avec les parents d'élèves et les collectivités, l'instauration d'une franche communication entre enseignants et apprenants acteurs et l'ouverture de l'école, lieu clos, aux parents du quartier.

La recherche dirigée par Wiewiorka (1999), fruit d'une enquête de terrain, analyse les situations de violence auxquelles les acteurs sont confrontés. Les contributions des différents auteurs montrent que, pour les enseignants, l'école devient le théâtre de la violence à cause d'une série de facteurs : en l'occurrence l'affaiblissement de l'institution, les réponses tardives et inappropriées en cas de difficultés, l'insuffisance de la formation. Au niveau de la classe, les bavardages, les attitudes, les regards, la chahut contribuent à affaiblir l'établissement et à saper l'autorité des enseignants dans leur rôle. Toutes ces situations donnent libre cours à un certain laissez aller dans lequel les apprenants deviennent maître du jeu car ayant le sentiment de pouvoir négocier une règle qui n'est jamais commune. Dès lors, la violence scolaire serait assimilable à une désinstitutionnalisation dans laquelle les interactions entre enseignants et élèves restent en déphasage avec des normes, des règles ou des rôles préétablis.

Dubet (1998), à la lumière d'une série de recherches dans certains collèges et écoles primaires, analyse trois logiques qui caractérisent la violence à l'école. Il s'agit des conduites de déviances tolérées dont le symbole reste la distance culturelle et sociale entre les maîtres et les élèves. La deuxième logique est celle de la violence sociale qui a pour effet une déstabilisation profonde de l'institution scolaire. Cette logique de violence est moins tributaire des problèmes scolaires et se trouvent liée à ceux psychologiques et sociaux. La dernière logique qui se caractérise par une incivilité consistant à détruire le matériel, à faire des injures ou à agresser des enseignants est qualifiée par Dubet de violences « anti-scolaires ». Elle résulte du refus du jugement scolaire vécu comme une violence et un mépris.

Le docteur Labass Lamine Diallo dans un article intitulé « Victimations différencierées selon le genre dans l'enseignement primaire au Mali » paru dans la revue *Éducation comparée*, nouvelle série, n° 10, p. 49-78 essaye de cerner l'articulation de la violence avec la dynamique de la société malienne

à partir d'une analyse sociologique des victimisations scolaires selon le genre. L'étude présentée constitue à cet effet un premier bilan du savoir au Mali sur les interactions violentes strictes et les victimisations différencierées entre les acteurs de l'école sous l'angle du genre. Elle s'est effectuée dans le cadre des travaux de recherche en Afrique de l'Observatoire international de la violence à l'école (OIVE). Les résultats qu'il nous présente proposent une compréhension de la répartition sexuée des violences subies et agies dans le premier cycle de l'enseignement fondamental (enseignement primaire), et une analyse de la condition des genres dans la victimisation scolaire au Mali.

Le genre est juste, dans cette étude, une variable au prisme de laquelle s'opère une analyse sociologique dans le milieu scolaire. Les violences scolaires étudiées ici ne sont donc pas systématiquement des « violences de genre », celles infligées à un élève sur la base de son sexe. Cet article nous amène à retenir que, malgré les perceptions patriarcales, la fille-élève n'est point autant dominée, victimisée à l'école que dans la société. Il apparaît donc que la condition victimaire de la fille à l'école primaire constitue dans une certaine mesure une rupture positive d'avec la société. La violence à l'école recouvre la totalité du spectre des activités et des actions qui caractérisent la souffrance ou des dommages physiques et psychiques chez les personnes qui sont actives dans et autour de l'école, ou qui visent à endommager des objets de l'école. Marie France Lange (2014) parle de l'existence de la violence dans la relation pédagogique. Elle est produite par les élèves sur l'institution scolaire ou les enseignants et entre les apprenants.

Tous ces travaux analysent la question de la violence sous des angles aussi différents que diversifiés à savoir les rapports entre les acteurs de l'école et de la classe, le genre, la relation pédagogique. Ils prennent en compte le contexte africain (Diallo, Lange) et spécifiquement malien (Diallo). Les dates de publications montrent à suffisance que la question de la violence reste au cœur des problématiques de l'institution scolaire.

Cependant peu d'études ont porté sur la violence au niveau des Universités surtout dans le contexte malien. Cet article donne une lecture de ce déficit. En effet les violences constituent une réalité au niveau de l'école malienne même s'il y a une part d'exagération dans leur représentation. Des journaux ont apporté des images accablantes des scènes de cette violence entre les étudiants. Un pan caractéristique de cette violence est bien les agressions, les coups et blessures lors de la mise en place des comités AEEM. Cette organisation syndicale devient un organe de gouvernance des élèves et étudiants qui les place d'abord dans une position intermédiaire entre les autorités du système éducatif et les scolaires. Comme tout syndicat, son rôle est de négocier et de revendiquer.

Notons ici que l'association a pris une part active dans la vie politique du Mali en siégeant au niveau de l'organe de la transition, le CTSP¹. Elle apparaît du coup comme une instance de recours face à des postures d'irrégularités, d'injustice dont les élèves et les étudiants sont victimes. Dans la même mouvance, elle s'insère dans une posture de demandes, de conquête de droits et de priviléges sur le champ scolaire. Dès lors, l'AEEM s'impose comme une instance de régulation à partir de laquelle, les étudiants surtout cherchent et arrivent même à imposer des modes de pratiques, de comportements qui se greffent sur le fonctionnement des établissements scolaires en terme de facilitation, de médiation, de blocage. A partir de là, il convient sans nul doute de parler de mode de gouvernance des étudiants par leur implication dans le fonctionnement de l'institution scolaire et les astuces qu'ils utilisent ou inventent pour imposer leur propre régulation. Puisque cette régulation donne une parcelle de pouvoir, elle est source de violence entre étudiants pour sa conquête qui implique une reconnaissance officielle à la tête du syndicat et donne les moyens d'exercer une gouvernance.

Dans cet article nous partons de cette hypothèse : les violences commises par les étudiants constituent des abus, des formes de maltraitances, des conduites d'intimidation et de déviance, elles s'imposent comme principes régulateurs d'un mode de gouvernance dans les espaces universitaires. Notre travail comprend quatre parties : l'approche méthodologique de la violence universitaire (**I**), la violence universitaire comme socle d'une gouvernance par des groupes (**II**), la violence comme arme de gouvernance des espaces de pouvoirs (**III**) et la violence comme tentative de monopolisation des évaluations (**IV**).

I - L'approche méthodologique de la violence universitaire : se dessaisir du patent et conquérir les aspects sous-jacents

A - La dédiabolisation du patent

Nos enquêtes pour l'élaboration de cet article ont été menées auprès de 120 personnes dans deux Universités à savoir l'ULSHB² et l'USJP³. La référence à cet échantillon diversifié nous a permis de comprendre l'identité des modes d'exercice de la violence dans le cadre de la gouvernance universitaire. Pour autant le quota par établissement était similaire : cinquante étudiants et dix enseignants par établissement. Les étudiants ont été choisis suivant le critère de cinq étudiants par classe et au niveau de chaque classe, le responsable fut choisi en première position. Pour les enseignants, vingt au

¹ Comité de transition pour le salut du peuple.

² Université des lettres et des sciences humaines de Bamako.

³ Université des sciences juridiques et politiques de Bamako.

total soit dix par établissement. Nous avons privilégié leur disponibilité à répondre à nos questions en fonction de nos différents passages et présence dans les départements.

C'est à travers une série d'approches et de faits que la collecte d'informations a été possible pour l'élaboration de cet article. L'approche quantitative a consisté en la passation de questionnaire auprès des étudiants. Grâce au questionnaire, nous avons pu dresser une typologie des violences, le cadre de leur manifestation et les moyens utilisés pour l'exercer dans le contexte de la gouvernance.

L'approche qualitative était axée sur des entretiens individuels avec les enseignants. Ces entretiens ont concerné aussi cinquante étudiants (25 par établissement dont cinq responsables de classe) dans le groupe cible des étudiants. Ajoutons ici que notre présence au niveau de l'ULSHB comme enseignant fut le gage d'une situation d'observation enrichissante pour la compréhension et l'analyse des données. Le guide d'entretien passé à cet effet, nous permit de cerner les logiques et les représentations de ces acteurs. Ils nous ont livré une vision d'ensemble de la violence dans leur établissement à partir de faits inédits.

Nous sommes enfin partis de l'observation directe ; une sélection d'une série de cas tirés de cette forme d'observation fut une source de données. Nous n'avons jamais été indifférents face à cette question. Nous notions quelques scènes qui sont extrêmes depuis 2010. La mise en place du comité AEEM⁴ de l'ancienne FLASH⁵, un étudiant largué du balcon du premier étage, un étudiant tabassé par un camp adverse, un responsable syndical bastonné pour indiscipline et déporté, la main coupée d'un étudiant, le coup de feu amnésique d'un étudiant. Outre ces différents faits, notre position stratégique de chef de DER⁶ à un moment donné, a fait de nous un acteur incontournable surtout en matière de médiation. Nous écutions des protagonistes de conflits, nous nous impliquions dans la résolution des conflits à partir des témoignages des étudiants de notre département.

Ces faits patents qui constituent l'une des facettes de la vie universitaire aujourd'hui sont révélateurs des violences qui font de ces temples des savoirs et de la socialisation, des arènes, c'est-à-dire des espaces d'affrontements et de confrontations entre les étudiants d'abord et entre les étudiants et les enseignants, entre les étudiants et l'administration universitaire. Ce spectacle est à la limite quasi quotidien. Nous le percevons comme un moment dans la saisine de la violence, en d'autres termes un processus d'observation qui nous permet d'apprécier le coquillage sans pénétrer son contenu. A notre

⁴ Association des élèves et étudiants du Mali.

⁵ Faculté des Lettres, art et sciences humaines.

⁶ Département d'enseignement de recherche.

sens, ne pas s'enfermer dans une telle posture et la dépasser augurent une meilleure perspective en matière de recherche. C'est pourquoi il importe pour nous de nous dessaisir du patent pour aller vers la domestication du sous-jacent car le patent en lui-même n'explique pas les causes profondes de la réaction des acteurs, encore moins les agissements, les arrangements et les compromis entre eux. Ainsi quand les étudiants agissent, ils sont dans la construction d'arrangements, dans des positionnements quasi permanents difficiles à décrypter. Il faut donc dédiaboliser cette réalité phénoménale pour glisser dans le noumène⁷ à travers la trame de la domestication.

B - La domestication du sous-jacent

Elle commence par le processus d'imprégnation au sens utilisé par Olivier de Sardan (2008 : 51). Pour lui, « Le chercheur est en effet engagé sans cesse dans de multiples interactions. Loin d'être simplement enquêteur en service commandé, il est en permanence immergé dans des relations sociales verbales et non verbales, simples et complexes : conversations, bavardages, jeux, étiquettes, sollicitations, disputes, etc. » Le processus d'imprégnation apparaît comme un franchissement de l'observation. Pour ce faire, il importe de choisir « des interlocuteurs pertinents ». Le recours aux sources écrites (la presse, les archives, et des rapports) a été pour nous une prodigieuse et abondante richesse en matière de littérature sur la violence.

Un dernier élément concerne l'enquête de terrain s'appuyant essentiellement sur l'entretien. Avec des questionnaires et un guide d'entretien auprès des enseignants et des étudiants, nous avons pu accéder à des foules d'informations sur les questions de violence dans les deux Universités. Des entretiens à la fois individuels et appliqués à des focus groupe ont été réalisés. Nous le disons dans une communication⁸ : être enseignant, c'est être dans un processus d'immersion continu et continual qui s'accomplit au double plan de l'observation et d'entretiens permanents. Les deux aspects sont étroitement liés. Ainsi si les entretiens approfondissent les résultats de l'observation ; l'observation directe surtout permet ainsi d'accéder à ce qui se joue derrière les discours (Arborio A. M. et Fournier P., 1999).

Nous sommes donc en face d'un éclectisme des données. Dans ce choix, nous avons tenu compte de la particularité du contexte de la recherche comme le dit Olivier de Sardan (2008 : 72) : « ... le chercheur doit s'y adapter et non tenter de plier le contexte au préformatage de ses routines méthodologiques. L'éclectisme dans la production des données, c'est

⁷ Expression utilisée par le philosophe allemand Kant qui signifie contenu, essence.

⁸ MSAS (*Malian Society Applied Sciences* 2014, « La corruption dans les Universités de Bamako, une culpabilité différentielle et une responsabilité partagée »).

inventer des combinaisons nouvelles ajustées au problème considéré, comme doser ou moduler avec doigté les modes éprouvés de constitution de corpus. »

II - La violence universitaire, le socle d'une gouvernance par des groupes

A - La violence et la gouvernance : sens et articulations pratiques

L'analyse du phénomène de la violence scolaire montre son caractère polysémique. En effet, la violence est expliquée par plusieurs facteurs notamment sociaux, juridiques, politiques. A ces facteurs, il faut ajouter les dimensions qui peuvent la traduire et lui donner du sens. La violence scolaire est liée à l'espace, au temps et au contexte. Il n'y a donc pas un sens universel de la violence scolaire. C'est dire par exemple qu'au niveau de l'institution scolaire, toute violence n'est pas forcément liée à des comportements illégaux tels que définis dans des textes réglementaires. L'angoisse qui caractérise les étudiants à travers la présence de tel camarade très craint est une situation d'insécurité qui entraîne une victimisation psychologique. Nous sommes loin ici des crimes et délits et la violence ressentie de l'intérieur n'est pas subie. Selon E. Débarbieux (1999), la violence se compose donc de trois éléments essentiels : les crimes et délits commis à l'école et définis par le Code pénal, les incivilités définies par les acteurs sociaux, le *sentiment d'insécurité ou de violence* qui résulte des deux composantes précédentes.

Pour lui, la violence est la désorganisation brutale ou continue d'un système personnel, collectif ou social se traduisant par une perte d'intégrité qui peut être physique, psychique ou matérielle (et ceci sans qu'il y ait forcément agresseur ou intention de nuire). Elle est *dépendante des valeurs, des codes sociaux et des fragilités personnelles* des victimes et peut s'actualiser dans un des trois domaines cités plus haut.

Le contexte malien se prête à cette définition. La violence scolaire se ramène à une somme de considérations : usage patent de la force physique, de la menace, de l'intimidation ou d'action contre autrui et des groupes pour assurer la gouvernance de l'école ou de la classe ; utilisation d'objets crantifs (coupe-coupe, sabre, pistolet, hache) pour prendre la tête de l'AEEM. C'est une somme d'expressions grotesques utilisées par l'enseignant ou par des apprenants à l'endroit de leurs camarades ; tout acte délictueux axé sur la transgression des normes, des statuts et règlements. Des crimes et délits commis, des incivilités ; l'histoire de la violence scolaire est illustrative d'exemples. En 1992 à Kayes et Gao lors d'une grève, les élèves s'en sont pris à leur bibliothèque. Ils ont brûlé tous les livres. La même année au lycée Askia Mohamed de Bamako, les élèves ont brûlé une cinquantaine

de motos appartenant à des enseignants. En dehors de l'espace scolaire et universitaire, la violence des élèves et des étudiants s'étale sur d'autres espaces et cadres de vie. Ainsi en 1994, une vingtaine de véhicule à fond bleu furent brûlés, des feux de stop furent détruits et des bureaux de l'Assemblée nationale saccagés. L'ampleur des dégâts a amené le gouvernement à fermer les écoles supérieures et secondaires. En 2006, la FSJE a été le théâtre de violences qui ont conduit à la mort de deux étudiants et plus près de nous en 2012, les affrontements entre les étudiants au sujet du renouvellement du bureau de coordination ont conduit à la mort de quatre étudiants et ont fait une dizaine de blessés graves.

Ces différents développements montrent que l'école malienne est devenue un espace de confrontations et d'affrontements, un terrain de violence qui n'est pas exclusif car il y a un déploiement des violences dans les familles et dans la société qui impliquent d'autres acteurs. La notion de gouvernance qui n'est pas actuelle a été dans l'ancien français comme l'art de gouverner selon Guy Pelleter (2001). En l'appliquant au domaine de l'enseignement, la gouvernance scolaire suppose selon Yves Dutercq un management plus coopératif, croisant les rôles, les expertises et les compétences des différentes catégories d'acteurs : administratifs, enseignants, chefs d'établissement, inspecteurs pédagogiques, responsables stratégiques (recteurs et inspecteurs d'académie, directeurs des services départementaux). Il s'agit en somme de bâtir un pilotage pédagogique partagé. La gouvernance se traduit de façon pratique en termes de régulations. Les deux constituent « le couple conceptuel indépassable de l'analyse contemporaine de l'action publique ». La régulation est assimilable à l'ajustement conformément à une règle ou à une norme, d'une pluralité d'actions et de leurs effets, arbitrage entre les intérêts différents de tous les acteurs (Bauby (1998 : 187). Pour cet auteur comme pour Dutercq, l'Etat seul en particulier ne peut assurer « tout le travail ». Christian Maroy (2006), s'inspirant de l'élargissement du cercle des acteurs relève dans le champ éducatif des modalités de régulation reposant sur les confrontations des savoirs, des savoirs faire et des pouvoirs, au sein de multiples réseaux enchevêtrés et polycentrés.

Dans le contexte de l'enseignement supérieur au Mali, des modalités de gouvernance dans un nouveau paradigme sont patentées avec une pluralité d'acteurs. Nous sommes bien dans une logique de « copilotage ». Mais elle est loin d'une régulation fondée sur les coopérations, les coalitions, les partenaires, les partenariats, les projets collectifs, les démarches contractuelles. Avec l'AEEM, la gouvernance des étudiants ne s'appuie sur aucun principe statutaire, encore moins réglementaire. Elle est plus un investissement et un déploiement des pouvoirs de groupes d'étudiants sur les patrimoines de leurs établissements ; une appropriation forcenée et mais anti

démocratique d'un droit syndical qui donne force et privilège pour agir au nom des étudiants. Elle est utilisée à la fois comme moyen de pression et de terreur pour imposer une régulation. Sa nature est d'être symbolique pour rendre l'anormal normal. Il y a un arrimage entre violence et régulation. La violence est le véhicule de la régulation.

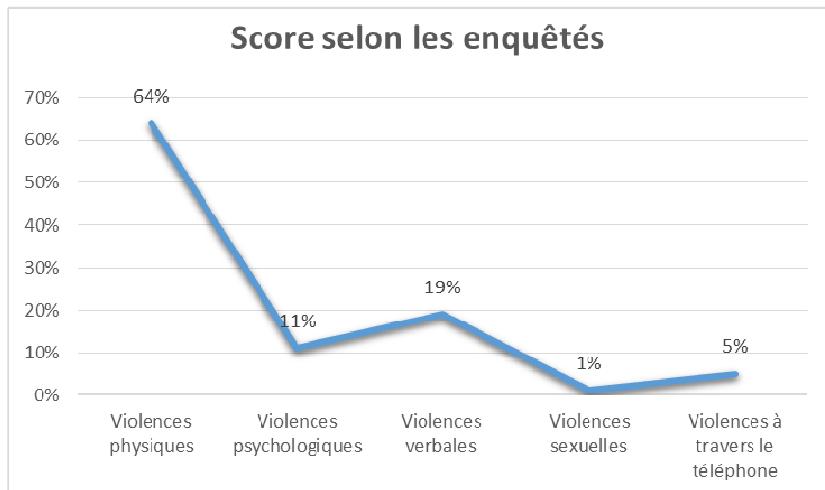
Les deux Universités qui font l'objet de nos enquêtes n'échappent pas à cette réalité. En leur sein, une régulation de proximité est en marche. Elle va des rectorats aux décanats. Cette dernière entité est la plus proche des étudiants. Sa gouvernance est à la fois pédagogique et administrative. Elle reste moins aisée car troublée par une injonction des comités AEEM qui, s'ils sont légaux et légitimes, cherchent à imposer leurs diktats aux décanats. Certaines pratiques restent illégales malgré les conseils et les orientations données par les décanats (inscription sous surveillance policière, bancarisation). Nous abordons des mécanismes qui sous-tendent ces pratiques et qui sont souvent d'une autre ère.

B - La violence comme arme de la gouvernance : mode d'emploi

Dans le cadre de nos investigations sur le terrain, nous avons pu identifier, différents types de violences liés à la gouvernance. Les deux tableaux ci-dessus permettent de rendre compte de cette situation. Dans le premier tableau, l'accent est mis sur les types de violence et leur récurrence à travers les deux Universités. La question posée est : quel type de violence vous marque dans votre vie d'étudiant ?

Types de violence	Score selon les enquêtés	Pourcentage
Violences physiques	64	64
Violences psychologiques	11	11
Violences verbales	19	19
Violences sexuelles	1	1
Violences à travers le téléphone	5	5
Total	100	100%

Dans ce tableau, nous nous rendons compte que les violences physiques sont les plus récurrentes. 61 étudiants ; 19 étudiants se sont prononcés sur les violences verbales ; 11 étudiants trouvent que les violences verbales sont les plus fréquentes. Une réponse a été donnée sur les violences sexuelles et cinq réponses sur les violences à travers le téléphone.



Dans le graphique, nous nous rendons compte que c'est la violence physique qui est sans nul doute la forme de violence la plus récurrente en terme de réponses données par des enquêtés. Elle dépasse le cumul de réponses des autres violences (36 %). Ensuite vient la violence verbale qui représente 11 % des réponses données. Les taux des violences à travers le téléphone et celles sexuelles restent faibles. La première pourrait s'expliquer par son caractère nouveau et la seconde par son caractère tabou. Ces violences sont évoquées à titre indicatif dans ce travail.

Types de violences	Moyens d'exercice de la violence	Manifestations	Contexte de son exercice
Violences physiques	Pistolet, sabres, coupe-coupe, branches d'arbres, cailloux, barres de fers, fauilles	Agressions, coups et blessures volontaires	Mise en place des comités, Elections des responsables de classe, Inscription à la scolarité, Retrait des cartes bancaires, Payement des bourses et trousseaux au guichet, Gestion des parkings
Violences	Exhibition de	Menace, agressions,	Mise en place des

La violence universitaire au Mali

psychologiques	muscles, de machettes.	intimidation	comités, Elections des responsables de classe,
Violences verbales	Insultes, injures.	Menace, agressions	Mise en place des comités, Elections des responsables de classe, Inscription à la scolarité, Retrait des cartes bancaires Payement des bourses et trousseaux au guichet Gestion des parkings
Violences sexuelles	Force physique, menaces	Agressions, coups et blessures volontaires	Règlement de compte entre les membres du comité
Violences à travers les téléphones	Insultes, injures à travers les sms	Menace, agressions, intimidation	Evaluation, Mise en place des comités Elections des responsables de classe
Violences monétaires	Brochures, établissements de listes	Menace, agressions et corruption	Inscription à la scolarité, Retrait des cartes bancaires, Payement des bourses et trousseaux au guichet, Gestion des parkings

Ce tableau nous renseigne sur les manifestations, le contexte et les moyens d'exercice des violences au niveau des deux Universités. Agressions, coups et blessures volontaires, menaces, intimidations sont les manifestations de ces violences. Quant aux moyens utilisés, ils sont à la fois matériels et mentaux : pistolet, sabres, coupe-coupe, branches d'arbres, cailloux, barres de fers, fauilles, exhibition de muscles, de machettes, insultes, injures à travers les sms.

Enfin à propos des contextes d'exercice des violences, nous sommes en face non seulement d'espaces mais aussi de cadres non territorialisés. En

somme, il faut retenir la mise en place des comités, les élections des responsables de classe, l'inscription à la scolarité, le retrait des cartes bancaires, le payement des bourses et trousseaux au guichet, la gestion des parkings, les règlements de compte entre les membres du comité, les évaluations. A chaque niveau nous donnerons des illustrations. Mais il est bon de reconnaître que les violences lors des payements des bourses connaissent un certain recul surtout avec la bancarisation entreprise depuis 2012.

C - Les logiques et les représentations des étudiants, des perceptions mitigées

La violence a plusieurs aspects à l'Université. Trop souvent, on ne retient qu'un aspect dont la manifestation est le conflit entre les étudiants avec arme blanche ou même un fusil de chasse, une arme à feu ou alors la désobéissance des étudiants vis-à-vis des enseignants. L'autre versant du problème est qu'à un moment donné, il y a eu des propos journalistiques sur la violence exercée par les enseignants et l'administration scolaire. A ce niveau, une des formes de ces violences selon les propos des étudiants demeure la monétarisation de la transmission du savoir qui est un devoir pour eux. Cette monétarisation s'articule autour des cours privés, la vente de support de cours. DF, 23 ans affirme : « Les cours privés réunissent ceux qui ont les moyens. Ils ne font qu'une seule séance et les noms sont donnés aux professeurs. A la fin des examens, ce sont eux qui passent. C'est là une forme de violence car tous ceux qui n'ont pas les moyens ressentent de la frustration, accumulent, ressentent une forme d'injustice et réagissent. »

Pour BC, 22 ans, les évaluations sont des terreaux de la violence : « Les enseignants trouvent les moyens de donner au 1/10^e de la classe la moyenne, c'est un problème. Est-ce que les cours sont faits correctement car un cours qui est dispensé et compris, en moyenne 30 % à 40 % des étudiants doivent être en mesure de réussir. Si toute la classe s'en tire avec de mauvaises notes, l'enseignant est en cause. Il exerce une certaine violence sur les apprenants » FD, 22 ans se penche du côté de l'administration scolaire de son Université : « L'administration scolaire, le personnel d'appui se rendent coupables de malversations lors des inscriptions. Le personnel ici par sa position dans l'administration exerce une violence. »

Ces différents enquêtés pointent du doigt les enseignants qui, à travers leur rôle, sont au cœur de la violence. Dans des activités pédagogiques ciblées comme l'évaluation ou les cours dispensés, il y a le constat d'une monétarisation qui implique une double exigence chez l'apprenant. Il doit payer pour accéder au substrat d'un enseignement dispensé contenu dans un support de cours. Ensuite, il est plus sûr pour lui de valider un module à

l'examen quand il paye. Cette forme de marchandisation des cours et des examens est condamnée par la plupart des enquêtés qui reconnaissent une participation active des responsables de classe dans sa régulation. Certains étudiants ont une réaction violente face à ces situations. Les professeurs qui mettent les cours et les examens à prix sont victimes de violences verbales pendant leurs cours. Il n'est pas rare d'entendre à leur égard selon DA, 22 ans et RG, 23 ans : « Corrompu, Vendu, Malhonnête, Mogolankolo⁹... » En fait selon les dires de ces deux enquêtés, les étudiants profitent toujours de leur présence dans les amphithéâtres pour lancer ces injures. Ainsi, camouflés dans la masse, ils arrivent à extérioriser leur état d'âmes. Pour TT, 26 ans : « La violence est partout à l'école. Il y a la violence des enseignants, des étudiants, de l'administration scolaire. La violence se situe à ces trois niveaux. Pour un oui ou pour un non, les enseignants laissent le travail, les évaluations, prennent les notes en otage. Nous les imitons. Puisque nous avons plus d'énergie, nous nous ne pouvons manifester autrement que de façon violente. » Ces propos constituent une justification de la violence des étudiants. Elle est consécutive à un effet d'imitation des enseignants. C'est donc un cocktail dont la manifestation prend la forme d'une sortie intempestive des étudiants, des grèves qui mettent souvent en cause la légalité du corps enseignant car tout cela montre aux étudiants que lorsqu'il n'y a pas d'ultimatum, rien ne se résout. Ils sont à cette école.

III - La violence, arme de gouvernance des espaces de pouvoirs

Pour nous, la notion d'espace de pouvoir renvoie à des cadres et endroits au niveau desquels les étudiants exercent des responsabilités. Ces espaces sont au nombre de deux à savoir les classes et la Faculté. L'exercice du pouvoir à travers le premier comme le second espace, est rendu possible grâce au comité AEEM, au bureau syndical qui défend les intérêts matériels et moraux des étudiants.

A - La gouvernance des classes

La classe est sans nul doute la cellule de base des Facultés. C'est à son bon fonctionnement qu'est liée la « santé » des Facultés. Tout dysfonctionnement au niveau des classes a ses répercussions négatives sur les Facultés. Dans les classes, les tâches pédagogiques sont prédominantes. Ce qui nécessite une organisation quotidienne minimale qui ne peut pas être assurée par le chef de DER à cause de la multiplicité des classes et du rôle d'enseignant qu'il doit assumer. Dès lors le chef d'orchestre qu'il est doit absolument être épaulé. Ainsi le choix d'un étudiant par ses pairs est-il le

⁹ Un individu sans vergogne.

terme d'alternative pour un meilleur fonctionnement de la classe. Cet étudiant aura entre autres pour rôle : d'informer ses camarades sur les décisions du DER, de veiller à l'effectivité des enseignements en informant le chef de DER sur la présence des enseignants, de tenir le cahier de texte, la craie et les autres outils pédagogiques (chiffons, microphones). A partir de ces rôles, il faut se convaincre que cette tâche ne peut et ne doit être accompli que par un étudiant assidu, disponible et travailleur qui a la confiance de ses camarades. Mais, depuis quelques temps, les classes sont devenues des lieux de déploiement des comités AEEM. Les responsables qui y sont investis, au lieu de jouer un rôle pédagogique sont beaucoup plus dans une posture syndicale. Dans leur investiture, les principes démocratiques sont foulés aux pieds, il y a plus des désignations que des élections et les candidats soutenus par l'AEEM sont toujours élus. Tous les moyens sont mis en œuvre pour le succès du candidat AEEM : truquage mais surtout violence.

Voilà à ce sujet un témoignage accablant des agissements du comité AEEM contre un étudiant non parrainé par le comité qui voulait se présenter comme candidat. Les menaces à son endroit sont patenttes. Un membre influent du comité l'appelle au téléphone et lance la mise en garde : « X¹⁰... je t'ai dit tout en ce qui concerne ce problème. La mise en place des responsables de classe relève de droit de l'AEEM. Ne continues pas d'insister. Si tu ne veux pas rester dans le cadre du respect, tu verras ce que tu veux. Tu verras nos couleurs AEEM. Même le chef de DER ne peut rien. S'il met quelqu'un on verra. Si tu es membre de l'AEEM tu es responsable, si tu n'es pas membre, tu n'es pas responsable. Que le chef prenne la décision de nommer un délégué dans la classe, on verra ce qui va se passer. Je ne veux pas te faire du mal. Ecartes toi de cette voie. Saint¹¹ sera le responsable de cette classe, qu'il pleuve ou qu'il neige même le doyen ne peut rien contre cela. »¹². Un autre responsable du comité : « X... je t'ai dit tout ce j'ai à te dire pour cette histoire de responsable de classe. Je fais tout pour te respecter mais puisque tu insistes, fais ce que tu veux, on verra bien. Si tu ne veux pas rester dans le cadre du respect, tu peux faire ce que tu veux et on verra bien... » Il raccrocha ensuite.

Au niveau de la FSHSE, les responsables sont proclamés le plus souvent car le jeu démocratique qui consiste à les investir est muselé à travers les canaux de menaces, de négociations forcées. Tout opposant aux décisions de l'AEEM, est menacé et maîtrisé avant le jour des proclamations. Ainsi, le

¹⁰ Fait référence à l'étudiant victime d'agression.

¹¹ Référence au candidat de l'AEEM.

¹² Nous avons pu écouter cette conversation ainsi que celle qui suit grâce à un étudiant qui allait être agressé. Cet enregistrement par la suite a été un moyen de protection, une preuve pour que les autorités au niveau de la police et de la justice prennent des dispositions dans le cadre de la protection de certains étudiants.

comité AEEEM devient une sorte de commission électorale et d’investiture dépendante¹³. Il met en place ses hommes en faveur desquels il fait une pression constante sur les éventuels opposants. Ceux-ci à leur tour sont tenus de faire le jeu du comité, d’être son relais. Nous sommes bien en face d’une organisation pyramidale car on part du comité qui ne comprend qu’une vingtaine de membres vers ceux qui supportent le bureau à savoir les responsables de classe qui sont beaucoup plus nombreux. La gouvernance des classes est toujours source d’une certaine imposture ou conduit à un recours à cette pratique.

Les comités AEEEM devant un vide administratif, critère de nomination ou mode d’élections¹⁴, se sont érigés en régulateur. Les membres des comités et les responsables de classes qui sont leurs relais à travers leur surnom véhiculent une sorte de violence silencieuse avant son accomplissement. Le tableau ci-dessous exprime cette réalité.

Noms	Référent identitaire	Mode d’actions, de réactions et attitudes
Wara Massa	Le roi des lions	Agressions
Wara	Le lion	Agressions
Eléphants	Animal balaise	Sème la crainte
Volcan	Phénomène aboutissant à l’hécatombe	Phénomène crantif
Serpent	Animal crantif	Terrifiant
Cobra	Animal crantif	Terrifiant
Dafra	Coupe-bouche	Terrifiant
Jacques Bauer	Acteur de cinéma qui règle des situations difficiles	Héros, toujours gagnant
Djelé	La hache	Terrifiant
Saddam	Leader politique, considéré comme un partisan de la méthode forte	Sème la crainte
Castro	Leader politique, considéré comme un partisan de la méthode forte	Résistant à tout
Van Damme	Acteur de cinéma qui règle des situations difficiles	Héros, toujours gagnant
Sarko	Leader politique, considéré comme un partisan de la méthode forte	Sème la crainte

¹³ C'est le moins que l'on puisse dire car les responsables sont imposés.

¹⁴ Nous avons pu attirer l'attention des responsables des Universités sur cette question lors d'une rencontre avec Madame le ministre Bellegarde en 2012. A l'époque, nous proposions que cette question soit régulée avant qu'elle ne devienne une sorte de casse-tête.

Libérateur	C'est l'individu qui se bat pour apporter au groupe un certain bonheur	Le métronome qui délivre
Général	C'est l'expression consacrée pour désigner tout responsable de comité.	Le mobilisateur qui agit pour la cause des troupes
Major	C'est un chef de troupe en temps de conflit	Résistant à tout
Cardinal	C'est un pivot dans une action ardue	Résistant à tout
Consul	Un élu qui exerce une autorité juridique	Le mobilisateur qui agit pour la cause des troupes
Carter	Une couche extérieure qui protège un métal. C'est aussi le nom d'un ancien chef d'Etat américain	Le mobilisateur qui agit pour la cause des troupes

Ce tableau, nous permet de présenter les différents sobriquets utilisés pour qualifier les membres du bureau. Ils sont des plus terrifiants quand nous faisons allusion à Wara Masa, Wara, Serpent, Volcan, Cobra, Eléphants, Djélé, Dafara. D'autres font allusion à des héros qui se sont illustrés par leurs hauts faits ou qui posent des actes grandioses dans les films. Les noms des chefs d'Etat sont aussi au centre des choix des noms. Il s'agit de chefs qui sont réputés être les plus « durs ». Mais dans l'ensemble, il est important de constater que quel que soit le nom, il renvoie à un signifiant qui est craintif, terrifiant, agressif ou résistant, en somme, un sobriquet qui *a priori* peut faire peur. Ces sobriquets ne sont pas loin en soi des motifs qui prédisposent à commettre la violence et à s'approprier le pouvoir syndical. A partir de ce constat, nous pouvions parler d'un principe d'inhérence de la violence dans l'espace universitaire car au mode de conquête des pouvoirs étudiantins auxquels nous faisons allusion, l'arme redoutable qu'est la violence n'est pas seulement utilisée, commise, elle constitue l'en soi d'une situation qui se présente à un interlocuteur. Celui-ci doit en tenir compte dans ses réactions, par conséquent moduler sa conduite en fonction de cette situation.

Au-delà des noms, les expressions utilisées constituent en soi des violences verbales. A titre illustratif, lors d'une assemblée générale qui porte sur les questions de paiement des bourses, le décanat qui n'est pas responsable du retard est pris en partie. Notons qu'au Mali, les étudiants peuvent passer trois à six mois de cours sans bourses ni trousseaux. Cette situation conduit le plus souvent à des violences car comme le dit OT, 25 ans sans cette violence toute négociation restera lettre morte. A ce niveau, Lange (2014 : 35) soutient : « ... on peut considérer que les « explosions » sociales inhérentes au champ scolaire, qui s'expriment en Afrique par des révoltes parfois violentes des élèves et des étudiants, s'expliquent aussi par la sclérose des systèmes politiques. »

Tout membre du bureau qui prend la parole commence par ces expressions : « le doyen ! » suivi de la réponse de ses camarades : A bas ! Le secrétaire principal ! : A bas ! Le décanat ! : A bas ! Ensuite commence des intermèdes avant l'intervention proprement dit : Guerrier Guerrier Guerrier ! Musokoloden te yan¹⁵ ! Fougariden te yan¹⁶ ! Cè fariden de biyan¹⁷ ! Cè kisè den de biyan¹⁸ ! Ces propos apparaissent comme une sorte de défis adressés à toute personne qui pourrait se trouver sur leur chemin.

Lors des mises en place des comités, c'est celui qui est le plus violent qui paraît sortir victorieux. C'est ce qui montre le caractère transcendental de la violence qui, plus qu'une norme, devient même le premier pilier, sinon la première exigence à remplir. Ainsi la violence devient-elle une sorte de schème rébarbatif d'une certaine architecture de la gouvernance scolaire. C'est un style dans la conquête du *leadership* au niveau des classes et de l'instance dirigeante qu'est l'AEEM.

B - Gouvernance des Facultés

1 - Une mise en place sous fond de violence

Beaucoup de violence entre étudiants ont lieu lors des élections des membres de l'AEEM, des responsables de classes ; de promotion, il n'y a aucune élection qui ne se passe sans violence. MC, 24 ans, nous raconte la mise en place du comité AEEM dans sa Faculté : « L'année dernière, deux tendances cherchaient à briguer un mandat à la tête de l'AEEM. Avant les élections, les deux tendances firent le tour des classes en expliquant leur projet. Le jour J arriva et classe par classe, le vote se déroula sous la supervision du bureau de coordination. Après cette étape, il y eut le décompte des voix, c'est à ce niveau que les agressions ont commencé d'abord à l'extérieur du bureau du secrétaire principal. Les éléments des deux tendances restés dehors se livrèrent « la guerre ». Ces affrontements se sont passés sous le coup d'armes redoutables. Un étudiant fut assommé par ses camarades à l'aide de plusieurs coups de coupe-coupe. L'ampleur des coups a fait qu'il gisait longtemps au sol.... »

En fait lors de cette mise en place, les différents camps étaient habillés de tee-shirt portant l'effigie de leur candidat. Chaque camp avait mobilisé les moyens pour susciter le suffrage des étudiants. Mais ce qui est important pour nous, c'est plutôt les canaux par lesquels ils passent pour se neutraliser. L'affrontement ici est la règle d'or. Il est prévu à l'avance par les deux camps car un des camps cherche toujours à déloger l'autre. Pistolet, sabres, coupe-

¹⁵ Il n'y a pas de fils d'une mère indigne ici.

¹⁶ Il n'y a pas de fils de lâche ici.

¹⁷ Il n'y a que des fils de brave ici.

¹⁸ Il n'y a que des fils de vaillant ici.

coupe, branches d'arbres, cailloux, barres de fers, fauilles, exhibition de muscles, de machettes, insultes, injures permettent aux camps de rivaliser. Le vainqueur, c'est généralement la partie qui arrive à chasser l'autre de l'espace universitaire.

Des étudiants nous ont confié que, pour remporter la partie, il n'est pas exclu que les camps cherchent des renforts avec le recours à des « mercenaires ». Il s'agit de loubards¹⁹ qui n'ont généralement aucune attache avec l'Université et auxquels un rôle capital est assigné : semer la zizanie et dissuader le camp adverse. A ce niveau, il convient de parler de la notion de violence contre l'école telle que mise en exergue par Tahirou Traoré (2014). Selon cet auteur, dès lors que l'institution scolaire devient la cible d'agressions venant de l'extérieur, on parle de violence contre l'école. Or dans ce cas précis, nous sommes en face d'individus qui n'ont souvent aucune attache avec les Facultés. Ils sont en revanche engagés pour une telle entreprise et agissent sur les ordres des recruteurs. Il est plus facile pour eux de brûler une bibliothèque, des livres, de casser des vitres et même de donner des coups à un membre de l'administration qu'il pourrait confondre avec un protagoniste de l'autre camp. Ce qui somme toute l'éloigne de l'étudiant ordinaire qui pourrait agir autrement.

Le crépitement des balles fait partie de la nouvelle donne dans la mise en place des comités AEEM. En fait, toutes les stratégies sont bonnes pour prendre le dessus. C'est ce qui fait que des camarades de classes se transforment en ennemis jurés non pas pour occuper les premiers rangs en classe mais pour prendre la tête de l'AEE. Les affrontements qui se passent sont d'une extrême violence et pour y faire face les décanats ont le plus souvent recours aux forces de l'ordre.

Les membres du bureau ainsi élus se voient investis d'une infinité de pouvoir. Ils utilisent alors la violence comme un principe normatif pendant les inscriptions, une épée pour exercer des trafics d'influence et contrôler les espaces d'enrichissement.

2 - La violence, résultante du contrôle des espaces d'enrichissement

Les espaces d'enrichissement des leaders étudiantins sont nombreux. A titre illustratif, nous nous référons aux guichets ouverts par le service de la scolarité. Pendant les inscriptions, les devantures de ces bureaux sont investies par les leaders étudiants. Tout passe par eux malgré la présence des administrateurs. Ce sont eux qui organisent les rangs. A ce niveau, le payement d'un bakchich est toujours source d'une meilleure position. Les nouveaux bacheliers subissent les plus grandes contraintes à leur arrivée dans les Facultés. Ils sont obligés souvent de passer la nuit à l'école pour pouvoir

¹⁹ Ils sont appelés les gros bras et recrutés pour s'assurer la victoire

s'inscrire. Les fiches d'inscription sont multipliées et mises à leur disposition pour la somme de 200 F et son remplissage de 100 à 200 F. Un enseignant parlant de cette situation a écrit que les membres du bureau AEEM sont les supers administrateurs car ce sont eux qui semblent coordonner tout. De toute évidence par le fonctionnement qu'ils instaurent, ils contribuent au dysfonctionnement de l'administration régulière. Au niveau de la FSHSE, le comité AEEM est allé jusqu'à dissuader les étudiants de s'inscrire sous prétexte qu'il n'a pas été informé en 2013 de la décision du décanat. Pendant une journée, il a pris en otage ce processus.

« Au sein de l'AEEM, tout est organisé autour de l'intérêt propre des responsables et de leur coordination. La question de défense des droits étudiantins n'est qu'une couverture ; il n'y a que défense d'intérêts personnels ou de profits individuels dont l'arme idoine pour atteindre les objectifs est la violence, la suprématie et la terreur. » « Les responsables de classe nous harcèlent, pour que nous payons les brochures, des cours privés que les enseignants titulaires ne dispensent pas. Il fallait aussi payer des quotas sur sa bourse pour l'avoir rapidement. »

Ces deux propos montrent à bien des égards comment les leaders étudiantins agissent pour le contrôle de certains espaces qu'ils transforment en lieux d'enrichissement. Il y a érection et contrôle d'une forme d'impôt scolaire qui devient un droit à percevoir sur les bourses ou les trousseaux au nom d'un principe de gouvernance. Ainsi dès la porte des Facultés, certains bacheliers voient que tout est possible pour s'enrichir au niveau des Facultés. L'important et de rentrer dans le giron de l'AEEM, donc de sombrer dans la violence.

Un des paramètres de cette violence s'exerçait dans le temps au niveau des guichets de paiement. GM, 20 ans nous retrace son histoire « Etudiant en première année sociologie-anthropologie, lors du paiement des bourses, nous formions un rang devant le guichet de l'agent comptable. J'étais en première position. Soudain, un responsable de l'AEEM est venu et a mis une fille devant moi. Je n'ai pas accepté le principe car j'avais passé la nuit à l'école pour avoir ma bourse. Il m'a aussitôt insulté. Je ne pouvais que lui rendre la monnaie. A ma réplique, il m'a donné un coup de tête et la bagarre s'enclencha car je ne pouvais que me défendre. Au moment où nous étions dans ce corps à corps, d'autres membres du comité sont venus s'ajouter à lui. Ensemble, ils m'ont frappé devant des étudiants qui n'eurent aucune réaction. Personne n'est intervenu. Ils m'ont grièvement blessé, surtout à la tête. Au moment où je suis arrivé au centre de santé, j'avais perdu beaucoup de sang. »

Ce propos montre le sens de l'arbitrage auquel procèdent souvent les membres du comité. Tout porte à croire qu'avoir leur faveur est toujours source d'un appui pour la résolution d'un problème même si cela doit se faire

au prix d'une injustice qu'il impose aux autres étudiants. En fait, tout est mis en œuvre pour canaliser les étudiants et les dissuader par rapport aux éventuelles protestations. Les actions des talibans de l'ancienne FLASH sont bien connues. Ce groupe était réputé pour ses exactions sur les camarades qui refusaient de se soumettre aux désidératas du comité. Ce groupe pratique le « coudre-bouche ». Tout propos ou tout comportement à l'égard du bureau est sévèrement puni.

Le campus de la FAST est un lieu de résidence des étudiants de ces deux Universités qui est gouverné selon le même principe. Il rentre dans le même registre. Des leaders du bureau tirent profit de la précarité des étudiants. Pour MD, 20 ans « Nous payons entre 7 500 et 10 000 par an aux membres du comité pour avoir une place au niveau de l'internat et dans des conditions inqualifiables car nous sommes entassées les uns sur les autres. » Au même moment, ces leaders se trouvent dans des conditions acceptables. Du reste, l'endroit qui leur est réservé est appelé les *Champs Elysées*²⁰.

3 - La violence, principe de monopolisation des évaluations

Les membres du bureau qui bénéficient désormais d'une telle autorité ou du sentiment de posséder une autorité légalisée, de fait, deviennent des animateurs de la corruption dans l'espace universitaire. Ils viennent voir les chefs de DER et même des enseignants dans l'ultime objectif de faire passer des étudiants d'une classe à l'autre. MK, 21 ans est une étudiante qui a été victime de sa naïveté. Sans avoir été inscrite et sans avoir composé, elle est venue voir, AM, leader syndical qui lui aurait promis le passage à travers une négociation au niveau de l'administration. Il demanda 150 000 CFA pour l'entreprise. Cette somme fut intégralement versée. Au terme des résultats définitifs, l'étudiante n'était pas admise. Appelé au téléphone, il niait catégoriquement les faits et demanda à MK de donner la preuve du versement de cette somme. Il y a là la construction par les étudiants d'un « nouveau service contre rémunération » qui consiste à les amener à payer des bakchichs pour valider des évaluations. Dans une des Facultés, des étudiants estiment que le système fonctionne bien et qui paye passe. En revanche dans l'autre, il y a toujours des difficultés mais les leaders deviennent les premiers à escroquer les camarades en détresse.

Un des cas inédit en matière de violence à propos des évaluations est la violence des étudiants vis-à-vis du corps professoral et vis-à-vis de l'administration. Ce mercredi 6 février 2008, le conseil restreint de l'Université se penchait sur la situation de la FSJP. En pleine rencontre, ce conseil fut arrêté par l'irruption d'une quarantaine d'étudiants enturbannés. Ils voulaient voir le recteur. Devant son refus, le groupe fut contraint de

²⁰ Le lieu où siège le gouvernement français en conseil des ministres.

sortir en insultant et en proférant des menaces d'attaque à domicile. La même année, deux professeurs furent violemment frappés par des individus cagoulés et le domicile d'un doyen fut en partie saccagé. Aussi de l'avis de certains enseignants, la violence semble-t-il devient un principe régulateur d'un nouveau mode d'accès au succès scolaire.

AT, 50 ans, enseignant chercheur : « Au niveau de ma Faculté en son temps, j'ai été plusieurs fois victime de menace verbale de la part des responsables et du bureau AEEM qui m'intimidaient pour ne pas surveiller, pour ne pas corriger. Pour la simple raison que je suis stricte. Ils ont eu à appeler souvent des collègues pour leur dire que si je participe, ils vont me tuer. C'était des menaces de cette nature. J'avoue sincèrement qu'un responsable a un jour insulté ma maman. J'ai été victime de beaucoup de violences verbales mais pas corporelles. J'ai été témoin aussi de beaucoup de violences à l'égard des collègues qui ont été menacés par des groupes d'étudiants. Nous sommes intervenus souvent pour empêcher ces situations. Néanmoins des collègues ont été souvent tabassés, hospitalisés. Au temps de la FSJE, c'était l'époque des menaces. Une fois des professeurs m'ont appelé pour me faire part de l'intention des étudiants à m'agresser et pour raison, je devais être à la base de leur échec, donc de leur malheur. »

DD, 64 ans, enseignant chercheur : « Les circonstances dans lesquelles le collègue C a été tabassé sont complexes. Il a été diabolisé. Lors de nos réunions ou rencontres, les propos des professeurs sont souvent rapportés par les collègues aux étudiants. Après les réunions, les enseignants étaient souvent attaqués par des étudiants qui leur reprochent d'avoir tenu tel discours à leur égard. Quelque part les collègues sont complices de cette situation. L'enseignant diabolisé fut à la fois victime de la machination des collègues de l'administration, des étudiants et même du gouvernement qui l'avait diabolisé. Toutes les oppositions émanent de lui et montrent qu'il est radical. C'était l'homme à abattre. »

HD, 62 ans : « Le paradoxe est que ce sont les intègres qui sont attaqués. Concernant l'école, on a voulu maintenir la majorité dans une certaine ignorance pour asseoir une dynastie. Dans notre Faculté, le mensonge, le vol sont des pratiques quotidiennes. Notre faute est d'avoir fait rêver les étudiants en leur montrant qu'il y a d'autres voies de recours plus courtes ; des voies plus rapides pour réussir. C'est d'avoir montré aux étudiants que la noblesse de l'homme n'est pas dans la droiture. »

Ces propos émanant des enseignants eux-mêmes montrent trois faits sous-jacents mais majeurs de la violence qui méritent d'être analysés. Il y a d'abord la situation d'insécurité dans laquelle les enseignants se trouvent surtout au moment des évaluations. Ils sont la cible de la violence des étudiants dès lors qu'ils sont rigoureux dans la surveillance. Le bonheur de certains étudiants pendant les examens est de « Laisser faire, laisser passer ».

Tout principe contradictoire à ce leitmotiv est mal vu et susceptible de sanctions de leur part. Nous avons été le témoin d'une scène où les responsables de classe mécontents d'un professeur sont venus tout simplement mettre une pointe dans les deux roues arrière de son véhicule. Dans le même ordre d'idées, sous l'instigation de leur leader, des étudiants de droit ont pourchassé un professeur à cause des notes attribuées pendant les examens. Une simple sensibilisation des étudiants par leur leader peut être un meilleur gage pour endiguer ces comportements.

Ce déficit ouvre la porte à une sorte d'anomie. D'ailleurs dans une des Facultés, il y a cinq ans, les membres du bureau au lieu de composer, passaient de salle en salle pour demander à leurs camarades si les sujets sont abordables ? A cet égard, il faut souligner le cas de cette enseignante qui fut agressée par une étudiante, lors des épreuves de statistique. L'enseignante demanda à l'étudiante qui ne cessait d'adresser la parole à son voisin de se déplacer. Elle accepta de se déplacer et se mit à dormir pendant un moment. Quand elle se réveilla, elle continua à regarder de gauche à droite. L'enseignante décida alors de la mettre seule sur un banc en disant : Mademoiselle peux-tu te déplacer s'il te plaît ? Elle rétorqua : je ne suis pas Mademoiselle ; je suis Madame. Elle était sans nul doute furieuse car cette place ne lui convenait pas du tout. Elle continua à murmurer qu'elle n'est pas mademoiselle et qu'elle est madame. Au bout d'une quinzaine de minutes, elle déposa sa copie et s'adressa à l'enseignante : je vais appeler mon mari, j'appellerai des loubards contre toi ; tu verras de mes nouvelles, c'est fini pour toi, je vais te tuer. Avec la médiation, l'étudiante a reconnu les faits et a demandé pardon. Nous avions reconstitué ces faits.

Le second aspect est le caractère complexe de la violence. Si elle peut s'exercer sur tous les enseignants, elle est beaucoup plus exercée sur ceux que les étudiants appellent les « professeurs durs ». En fait puisque les membres du comité et les responsables sont le plus souvent dans des logiques de négociation avec les enseignants, ils sont toujours en face de deux réactions : celle de l'enseignant qui accepte les propositions et rentre dans le cercle vicieux des compromis et celle de l'enseignant qui refuse et joue la carte de l'objectivité. Le deuxième enseignant est toujours une cible ; même l'information sur son refus qui est souvent donnée peut entraîner des ressentiments vis-à-vis de sa personne. C'est pourquoi les membres du bureau ou les responsables ne sont jamais neutres dans les violences causées surtout dans le cadre des évaluations. Ainsi, en 2010, un professeur exerçant au niveau de la Faculté des sciences juridiques et politiques de Bamako a été violemment frappé par certains étudiants de ladite Faculté. Le motif évoqué était le refus de ce professeur de laisser des étudiants ayant participé aux cours privés qu'il avait auparavant organisé valider sa matière au nom du versement de la caution de participation au cours. En effet certains étudiants

n’ayant pas vu leur nom parmi les admis en classe supérieure et convaincus qu’ils étaient retenus par la matière du professeur en question ont tenté dans un premier temps de négocier leur passage sans succès. Mécontents, ils ont pris à partie leur professeur. Conséquence le professeur a été grièvement blessé et hospitalisé suite aux coups infligés et des étudiants se sont retrouvés en prison. Aussi l’administration de la Faculté a-t-elle pris des mesures draconiennes.

L’autre dimension complexe de la violence dans l’évaluation est la forme nouvelle qu’elle peut prendre. Voilà à ce sujet les propos par sms adressés à un enseignant-chercheur : « Monsieur le fils de prostitué comment tu sois à l’aise avec tous ces péchés. Tu t’éloignes toujours du droit chemin. Il y a combien de familles qui souffrent à cause de toi, combien d’enfants qui ont perdu leur étude à cause de toi etc.... Même si ta mère pouvait te transformer à un pipi ou un caca, ça pourrait la mettre plus à l’aise que de naître tel fils que toi, on a appris que tu as le sida que tu seras parmi les décès. Si tu vois que je te laisse ce que je suis mort ou enterré »²¹. Nous sommes bien en face d’une violence à visage caché par l’utilisation des TIC. Les propos sont d’une extrême violence et choquent...

Le dernier fait majeur est de l’avis des enseignants la complicité dont les étudiants bénéficient dans l’exercice de la violence. C’est ce qui nous amène à parler de dimension fabriquée de la violence. Pour certains de nos interlocuteurs, la violence a son origine dans une certaine complicité entre des administrateurs, des enseignants et les responsables étudiantins qui ont mis en place un réseau d’enrichissement illicite. Les enseignants qui travaillent correctement deviennent des obstacles au fonctionnement de ces réseaux d’où les aversions vis-à-vis de ceux-ci : « J’ai souvent discuté très bien avec les responsables de l’AEEM qui me disent comment faire et qu’ils connaissent la réalité mais qu’il faut être avec eux. Le sens de la réussite est d’avoir de l’argent qui bat à plate couture le long terme. Pour eux le savoir c’est apprendre à faire la politique et non étudier, s’imposer à tout prix pour l’aboutissement de ces objectifs. »

S’imposer pour l’aboutissement de ces objectifs peut aller jusqu’à l’agression de l’administration scolaire. Au mois de décembre 2011, un groupe d’étudiants ayant à leur tête les responsables de classes ont fait irruption dans le bureau du directeur. Il fut menacé et violemment les étudiants lui ont demandé d’organiser une deuxième session. Ils proposèrent au directeur d’accepter à défaut d’accepter une liste d’étudiants recommandés pour l’admission. Naturellement, le responsable ne donna pas son accord. Les réactions après ce refus furent d’une extrême violence car le lendemain, le groupe s’est muni d’essence et incendia les bureaux du

²¹ Nous nous excusons du caractère violent des expressions mentionnées ici.

directeur et du chef de DER, le secrétariat des examens. Beaucoup de matériels furent endommagés et brûlés comme des photocopieuses, des ordinateurs, des feuilles d'examen, des mobiliers de bureau. Ainsi des vitres furent-elles cassées et des portes détruites. Les sapeurs-pompiers intervinrent sans suite. Il y a une violence qui est la conséquence d'une transgression des règles de fonctionnement dans l'école Develay (2000).

Cette violence est liée aux évaluations et comme le dit un étudiant (RD, 22 ans) : « Les responsables se croient investis du droit de passage. Pour eux, être responsable de classe signifie qu'on ne doit plus redoubler. C'est ce titre qui doit plus déterminer le passage que le travail scolaire axé sur l'effort personnel. »²² Plus récemment, le comité AEEM de la FSHSE a rencontré le décanat et les chefs de DER pour expliquer ce qu'il considère comme des irrégularités dans les examens de la première session : des enseignants qui notent mal ; des moyennes qui sont dérisoires ; des dates d'exams qui ne sont pas approuvées ; des publications de résultats qui coïncident avec la fête ; le comité qui n'est pas informé par avance de la publication des résultats ; des membres du comité et des responsables de classe qui échouent. Cette requête montre toute la pression que les comités AEEM cherchent souvent à exercer sur les administrations universitaires. Le décanat en réponse à ces demandes a démontré qu'aucun des points abordés ne pouvait faire objet d'une revendication et ne relève d'un devoir encore moins d'une obligation de sa part.

*
* *

Les étudiants en participant à cette régulation imposent par le canal de la violence une gouvernance qui leur assure le contrôle et le monopole du contrôle de certains patrimoines et ressources de l'école à savoir les kiosques, les internats, les parkings, les aires de lavage. Finalement, il est fort logique de retenir que la violence est un outil de régulation de l'exercice du pouvoir syndical des étudiants. Cette violence est utilisée beaucoup plus pour un enrichissement personnel qui ne peut avoir de sens que quand elle permet d'imposer le « silence aux autres ». Les bureaux qui sortent de cette trajectoire désormais légale et qui se donnent une légitimité par la terreur qu'ils imposent, restent pourtant les seuls interlocuteurs privilégiés des pouvoirs publics. Il s'agit somme toute et fort logiquement d'une dérégulation à réguler.

La complexité de leur action est telle qu'il faut parler d'une a-régulation car la gouvernance dont ils se targuent et impose aux autorités scolaires et

²² Septembre 2015.

aux étudiants participe d'une dérégulation des Facultés. Elle est en deçà des normes. Sa résistance tient à l'indifférence des pouvoirs publics. En l'absence de réglementation par rapport à des aspects de la vie universitaire, l'AEEM devient le recours incontournable pour combler un vide. Cette position stratégique est le paravent d'une légitimation des agissements des membres du bureau qui se donnent le droit d'interpeller sur les évaluations ; d'établir des contrats avec des cliniques pour l'investissement de l'espace universitaire sans le consentement, ni même la consultation préalable de leur décanat. L'injonction de l'AEEM dans la gouvernance universitaire est bien un paradigme nouveau qui s'est installé du fait du laxisme et de l'indifférence des plus hautes autorités.

Aujourd'hui, chez les étudiants, l'éthique de la responsabilité est confisquée ; la tyrannie de la violence devient le principe normatif. Pour faire face à cette situation, l'important n'est pas l'application des sanctions et les anathèmes mais de penser le rapport à la loi car comme le dit Develay (2000 : 74, 75) : « L'école ne doit pas être un lieu où les enseignants se contentent de vérifier si le règlement est appliqué. L'école doit être un lieu où le règlement est construit à partir de contraintes incontournables qu'il convient de prendre en compte, mais aussi à partir du désir de chacun... Les enseignants y grandiront en faisant découvrir l'interdit et le possible. Les élèves découvriront non pas le règne de l'arbitraire, mais le fonctionnement démocratique. »

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- ARBORIO Anne Marie et FOURNIER Pierre (1999) : *L'enquête et ses méthodes : L'observation directe*, Paris, Nathan.
- BLAYA Catherine (2006). *Violences et maltraitances en milieu scolaire*, Armand Colin.
- CHARLOT Bernard, EMIN Jean-Claude (coord.) (1997). *Violences à l'école : état des savoirs*. Paris, Armand Colin.
- DEBARBIEUX Eric (2006). *Violence à l'école : un défi mondial ?* Armand Colin.
- DEBARBIEUX Eric (1996). *La violence en milieu scolaire. : I.Etat des lieux*. Paris, ESF Editeur.
- DEVELAY Michel (2000). *Donner du sens à l'école*, Paris, ESF-Editeur.
- DUTERCQ Yves. (2005), *Les régulations des politiques éducatives*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes.
- LORRAIN Jean-Louis (2003). *Les violences scolaires*, Paris, PUF, Que sais-je ?
- MAROY Christian (2008) Ecole, régulation et marché, une comparaison de six espaces locaux en Europe, Paris, PUF
- PAIN Jacques (2006). *L'école et ses violences*, Paris, Edition Economica.
- WIEVIORKA Michel (2004), *La violence*, Paris, Balland.

Articles

- BAUBY P. (2002) « L'Europe des services publics entre libéralisation, modernisation, régulation et évaluation » in *Politiques et management public*, n° 1.
- DEBARBIEUX Eric, DUPUCH Alix, MONTOYA Yves. « Pour en finir avec le "handicap socio-violent" : une approche comparative de la violence en milieu scolaire ». In CHARLOT Bernard (coord.). EMIN Jean-Claude (coord.). *Violences à l'école : état des savoirs*. Paris : Armand Colin, 1997, p. 17-40. (Formation des enseignants. Enseigner).
- DIALLO Labass Lamine. « Victimations différencierées selon le genre dans l'enseignement primaire au Mali » in *Les violences à l'école en Afrique subsaharienne, Revue d'éducation comparée*, Paris, AFEC, 2014.
- FAVRE Daniel, FORTIN Laurier. « Aspects sociocognitifs de la violence chez les adolescents et développement d'attitudes alternatives utilisant le langage ». In CHARLOT Bernard (coord.), EMIN Jean-Claude. *Violences à l'école : état des savoirs*. Paris : Armand Colin, 1997, p. 225-253 (Formation des enseignants. Enseigner).

- LANGE Marie France. « Relation pédagogique et violence des enseignants en Afrique subsaharienne francophone » in *Les violences à l'école en Afrique subsaharienne, Revue d'éducation comparée*, Paris, AFEC, 2014.
- TRAORE Tahirou. « La problématique de la violence à l'école au Burkina Faso : mesure et perception par les acteurs » in *Education, Violences, conflits et perspectives de paix en Afrique Subsaharienne*, Paris, Karthala, 2009.

Webographie

- <http://www.ville.gouv.fr/infos/editions/violences.html>
- www.ladocfrancaise.gouv.fr/brp/notices/954062100.shtml
- www.ena.fr/tele/qs99/violencescolaire.pdf
- <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/014000716.shtml>
- <http://membres.lycos.fr/mediation/>
- http://www.eduscol.education.fr/D0033/violence_acte.htm#1
- http://www.eduscol.education.fr/D0093/r_violence.htm