



UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE



UNIVERSITE DES SCIENCES JURIDIQUES ET
POLITIQUES DE BAMAKO

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

2020 - N° 8

Sous la direction de Bakary Camara et Mamadou L. Dembélé

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE AU MALI: LES HÉRITAGES ET LES TRAJECTOIRES DE
MODERNISATION (Abraham BENGALY)

REFLEXION SUR LE JUGE DE L'ADMINISTRATION EN DROIT MALIEN (Yamadou CAMARA)

LE REGIME JURIDIQUE DE LA POSSESSION IMMOBILIERE AU MALI (Issiaka Cisse)

LA DIVINITE DESACRALISEE: LE FONCIER DANS UNE SOCIETE POLYCEPHALE: LE CAS DES DIDA DE
LAKOTA (Kadi DAGO)

REFLEXIONS PRELIMINAIRES AUTOUR DE LA MISE EN PLACE D'UNE JUSTICE DE PROXIMITE (Adama
Sekou DIAWARA)

DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE ET DROITS DES FEMMES (Françoise DIENG)

L'ACCES A LA PROPRIETE FONCIERE EN DROIT MALIEN: ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES
(Abdoulaye FOFANA)

LA SURVIE DE LA PERSONNALITE DE LA PERSONNE MORALE (Mamadou GUISSÉ)

LES PRINCIPES D'INDEPENDANCE ET D'IMPARTIALITE AU SEIN DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL
FRANÇAIS ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE GABONAISE (Sylvestre KWAHOU)

LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT: UN OUTIL REGULATEUR A L'EPREUVE D'UNE
GESTION EQUILIBREE DE LA BIODIVERSITE MARINE (Diakalia Siaka SIDIBE)

CONTRIBUTIONS DES COLLECTIVITES TERRITORIALES POUR UNE SORTIE DE CRISE AU MALI (Ibrahim
Boubacar SOW)

LE CADI DE TOMBOUCTOU: DES ORIGINES A LA COLONISATION (Nouhoum TANIDINA)

LA FISCALITE AU SOUDAN FRANÇAIS (Issouf TOURE)

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

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

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

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

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

n° 8 – 2020

Sous la direction de
Bakary Camara
et Mamadou L. Dembélé

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2020

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

**ISBN : 978-2-36170-214-4
ISSN (France) : 2555-767X
ISSN (Mali) : 1987-1112**

Directeur de publication, fondateur de la revue : Pr Bakary CAMARA, agrégé des Facultés, professeur titulaire ; membre du comité technique spécialisé sciences juridiques et politiques (CTS) du Conseil africain et malgaches pour l'enseignement supérieur (CAMES) ; doyen de la Faculté de droit public (FDPu) de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB).

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

COMITE D'HONNEUR :

Pr André CABANIS
Pr Samba TRAORE
Pr Mamadou BADJI

COMITE SCIENTIFIQUE :

- Augustin ANASSE
- Mamadou BADJI
- André CABANIS
- Bakary CAMARA
- Olivier DEVAUX
- Eloi DIARRA
- Alioune Badara DIOP
- Ndiaw DIOUF
- Seydou DIOUF
- Moussa DJIRE
- Ismaïla Madior FALL
- Barnabé Georges GBAGO
- Georges KOBOU
- Adama M. KPODAR

Comité scientifique et comité de lecture

- Augustin LOADA
- Ibrahima LY
- Robert NEMEDEU
- Séraphin NENE BI BOTI
- Mahaman Sanoussi TIDJANI ALOU
- Ibrahim David SALAMI
- Filiga-Michel SAWADOGO
- Samba THIAM
- Samba TRAORE
- Leonardo A. VILLALON

COMITE DE LECTURE :

MM. les professeurs

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

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

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

TABLE DES MATIERES

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE AU MALI : LES HERITAGES ET LES TRAJECTOIRES DE MODERNISATION Abraham BENGALY.....	13
REFLEXION SUR LE JUGE DE L'ADMINISTRATION EN DROIT MALIEN Yamadou CAMARA.....	53
LE REGIME JURIDIQUE DE LA POSSESSION IMMOBILIERE AU MALI Issiaka CISSE.....	99
LA DIVINITE DÉSACRALISÉE : LE FONCIER DANS UNE SOCIÉTÉ POLYCÉPHALE : LE CAS DES DIDA DE LAKOTA Kadi DAGO.....	149
REFLEXIONS PRELIMINAIRES AUTOUR DE LA MISE EN PLACE D'UNE JUSTICE DE PROXIMITE Adama Sékou DIAWARA.....	167
DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE ET DROITS DES FEMMES Françoise DIENG.....	189
L'ACCES A LA PROPRIETE FONCIERE EN DROIT MALIEN : ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES Abdoulaye FOFANA.....	213

Table des matières

LA SURVIE DE LA PERSONNALITE DE LA PERSONNE MORALE Mamadou GUISSÉ.....	251
LES PRINCIPES D'INDEPENDANCE ET D'IMPARTIALITE AU SEIN DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE GABONAISE Sylvestre KWAHOU.....	295
LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT : UN OUTIL REGULATEUR A L'EPREUVE D'UNE GESTION EQUILIBREE DE LA BIODIVERSITE MARINE Diakalia Siaka SIDIBE.....	329
CONTRIBUTIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES POUR UNE SORTIE DE CRISE AU MALI Ibrahim Boubacar SOW.....	369
LE CADI DE TOMBOUCTOU : DES ORIGINES A LA COLONISATION Nouhoum TANIDINA.....	397
LA FISCALITE AU SOUDAN FRANÇAIS Issouf TOURE.....	439

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE AU MALI : LES HERITAGES ET LES TRAJECTOIRES DE MODERNISATION

Abraham BENGALY,
enseignant-chercheur à la Faculté
des sciences administratives et politiques
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)

La réforme de l'administration publique est aujourd'hui un thème récurrent dans beaucoup de pays, développés comme en voie de développement¹. Les pays africains, en général et le Mali en particulier ont engagé, depuis les indépendances, de nombreuses actions de modernisation de leur appareil administratif. Mais la récurrence du thème au niveau des Etats révèle, si besoin en est, la persistance ou la résurgence de problèmes qui nécessitent des changements d'où la nécessité de cerner le sens et la portée qui s'attachent aux notions clés de modernisation de l'administration publique.

Le dictionnaire *Le petit Robert* définit la modernisation comme l'action de moderniser c'est-à-dire d'organiser d'une manière conforme aux besoins et aux moyens modernes². Le sociologue évolutionniste Dominique Wolton, définit la modernisation comme le

¹ Fousseyni SAMAKE, « La modernisation de l'administration malienne : enjeux, défis et perspectives », communication introductive du symposium national sur la modernisation de l'administration publique organisé par le Commissariat au développement institutionnel (CDI) et le Centre africain de formation et de recherche administratives pour le développement (CAFRAD), Bamako, du 22 au 23 décembre 2016 p. 1.

² *Le petit Robert 1, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* réalisé par A. REY et J. REY DEBOVE sous la direction de Paul ROBERT, Paris 1988 p. 1212.

processus de transformation des sociétés entrant dans l'ère industrielle, étape nécessaire et indispensable pour accéder au développement économique, à la démocratie, à la prospérité.³

Le terme de modernisation est ici considéré comme un processus de changement intentionné visant à passer d'une situation de manque ou d'insatisfaction à une situation souhaitée. Il a pour synonymes : actualisation, adaptation, amélioration, progrès, rajeunissement, rénovation, renouvellement, remplacement, transformation.

Le terme d'administration publique peut être compris comme l'ensemble des personnes physiques et morales qui ont pour mission d'exercer des activités ou fonctions en vue de satisfaire les besoins de la collectivité (besoins d'intérêt général). Mais au-delà de cette acception plutôt juridique, il est important d'avoir une vision intégrative de l'administration. En effet, l'administration ne peut être saisie dans sa dynamique que si elle est articulée avec le système politique d'une part et avec le système social d'autre part, tout en ne perdant pas de vue qu'elle est une organisation qui a des caractéristiques propres.

Par rapport au système politique, l'administration apparaît comme le centre d'exercice du pouvoir d'Etat et non pas seulement comme un organe d'exécution du pouvoir politique⁴. Au regard du système social, l'administration et ses agents sont une composante de la société et c'est le service rendu à la collectivité qui fonde sa légitimité.

Selon le professeur Fousseyni Samake : « l'indissociation de l'administration du politique et du sociétal, y compris l'économique et le culturel, emporte que l'administration ne peut rester en marge des évolutions qui se produisent dans son environnement »⁵. C'est pourquoi, estime-t-il, l'administration doit s'adapter en permanence, sous peine d'entropie (blocage et désordre).

³ Dominique WOLTON, « Modernisation » voir le site web : <http://www.wolton.cnrs.fr/spip.php?article70> visité le 22 septembre 2019.

⁴ VON STEIN a qualifié l'administration d' « Etat en action » (1869) et J. CHEVALLIER « d'appareil d'Etat » (Fousseyni SAMAKE, *op. cit.*, p. 2.

⁵ *Ibid.*

Dans son célèbre ouvrage, *Le phénomène bureaucratique*, Michel Crozier écrit : « Aucune organisation moderne ne peut échapper à la nécessité du changement ; elle est constamment contrainte de s'adapter aux transformations de son environnement et aux transformations moins visibles, mais tout aussi profondes de son personnel. Elle ne peut survivre si elle ne reste pas suffisamment souple et capable d'adaptation »⁶.

J. Chevallier et D. Lochak abondent dans le même sens en affirmant : « Aucune organisation ne saurait maintenir inchangées ses caractéristiques essentielles, fût-ce au prix d'ajustements à la marge, alors que des changements profonds et incessants affectent l'environnement, déplacent les équilibres sociaux. La survie des organisations est liée à leur capacité à se réorganiser en profondeur, à subir les mutations parfois qu'imposent les transformations du milieu »⁷.

De façon générale, la modernisation de l'administration publique poursuit trois objectifs. Tout d'abord elle cherche à améliorer l'organisation et le fonctionnement des services publics et la qualité de la gestion publique notamment en supprimant les organismes inutiles. Ensuite elle a pour but d'améliorer les relations entre l'administration et les administrés et donc, les services rendus aux citoyens. Enfin elle vise la simplification des procédures et des outils de l'organisation de l'administration d'Etat.

Sous ce rapport, la modernisation de l'administration publique constitue une priorité pour le Mali qui traverse une crise marquée par la fragilité de son système d'administration du territoire⁸. Cette crise

⁶ Michel CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Ed. Seuil, 1963 p. 228 cité par Fousseyni SAMAKE dans la communication introductive du symposium national sur la modernisation de l'administration publique, *op. cit.*, p. 2.

⁷ J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, *Science administrative*, LGDJ, Tome 2, p 254 cité par Fousseyni SAMAKE dans sa communication introductive du symposium national sur la modernisation de l'administration publique *op. cit.*, p. 2.

⁸ Voir sur ce point, Adam THIAM, centre du Mali : « Enjeux et dangers d'une crise négligée », Centre pour le dialogue humanitaire (hd) mars 2017.

qui est la plus profonde de son histoire contemporaine n'a épargné aucun secteur de la vie politique, administrative, économique et sociale⁹. Elle touche à l'intégrité du territoire et affecte la légitimité de l'État¹⁰. Même si cela apparaît de façon insidieuse, cette crise a révélé, au-delà de l'expérience politique particulière du pays, la faiblesse des capacités de l'administration publique à assurer la gestion au quotidien des affaires publiques, à produire les biens et services promis et attendus par les usagers et donc à les convaincre de la légitimité de son action.

En plus de l'émiettement du paysage politique et de sa superposition sur les particularismes identitaires du pays, la compétition entre acteurs politiques semble être construite sur un déficit d'instruction et de culture politique important au niveau des populations¹¹. Ce qui constitue un handicap fondamental à l'action publique¹².

L'Etat est dans une situation de fragilité au point que certains observateurs parlent de son effondrement. A ce sujet le professeur

⁹ Voir sur ce point le rapport sur les causes profondes du conflit au Mali de 1963 à 2017 de la Commission « Vérité justice et réconciliation », 2017 p. 31.

¹⁰ « Mali : sécuriser, dialoguer et réformer en profondeur », *Crisis group, Rapport Afrique* n° 201, 11 avril 2013, p. 20 et s.

¹¹ V. sur ce point Rapport sur *L'autoportrait du Mali, les obstacles à la paix*, IMRAP-INTERPEACE, mars 2015, p. 57.

¹² De façon unanime et indépendamment des régions, il est ressorti des consultations menées par le groupe Imrap-Interpeace, que les populations estiment les services rendus par les agents publics (ceux de l'Etat et des collectivités) non satisfaisants. De leur point de vue, que ce soit sur le plan de l'éducation, de la santé, des infrastructures, de la sécurité, de la justice ou de l'obtention d'un simple document administratif, les agents chargés de répondre aux besoins des populations sont jugés incapables de le faire à hauteur des attentes. Si le manque de moyens matériels et financiers est évoqué comme faisant partie des raisons expliquant le manque d'efficacité des agents publics. Leurs comportements individuel et collectif, le manque de niveau, la corruption, le favoritisme, l'absentéisme sont autant d'éléments fortement mis en avant comme facteurs de dépréciation de la qualité des services rendus. V. sur ce point IMRAP-INTERPEACE, *L'autoportrait du Mali, les obstacles à la paix*, p. 119-120.

Ousmane Oumarou Sidibe relève justement que les causes conjoncturelles de l'effondrement de l'Etat malien sont liées essentiellement à la gestion consensuelle du pouvoir et à ses conséquences sur la perte de sens de l'action publique ainsi qu'à la faillite du système de défense et de sécurité au cours des dernières années¹³. Parmi les propositions de sortie de crise, il suggère la refondation d'un Etat plus légitime, plus proche des préoccupations des citoyens, un Etat qui fonctionne sur une base plus démocratique, plus éthique et plus juste¹⁴.

Aujourd'hui, la réforme de l'administration publique malienne est un passage incontournable pour le relèvement de l'Etat¹⁵. *Dans cette perspective, les réformes structurelles et conjoncturelles peuvent-elles être des formules miracles pour rendre l'administration publique plus moderne ou s'agit-il plutôt de simples rhétoriques visant à légitimer l'Etat ?*

Si on définit la réforme de l'administration publique comme « un processus structuré et délibéré de production du changement, quelle que soit son ampleur¹⁶ », on doit s'interroger sur les effets induits par les réformes institutionnelles et administratives opérées au Mali. Pour mieux apprécier la portée et les limites de la modernisation de l'administration publique au Mali, il importe d'analyser la contexture (I) et les trajectoires des réformes institutionnelles et administratives (II).

¹³ Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? » in *Le Mali entre doutes et espoirs* sous la direction de Doulaye KONATE, éd. Tombouctou 2013, p. 189.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Depuis 2013, le gouvernement a accordé une place importante à la réforme de l'administration publique avec la création des départements dédiés aux différents types réformes : ministère de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation (2015), ministère des Droits de l'homme et de la Réforme de l'Etat (2017), ministère des Réformes administratives et de la Transparence de la vie publique (2019) et ministère des Réformes institutionnelles et des Relations avec la société civile (2019).

¹⁶ V. sur ce point Oscar Huerta MELCHIOR, *La gestion du changement dans l'administration des pays de l'OCDE un premier aperçu général*, Documents de travail sur la gouvernance publique n° 12 juin 2008 p. 8 et s.

I. La réforme de l'administration publique malienne : un processus ininterrompu

Selon le professeur Fousseyni Samake, la modernisation de l'administration malienne est un processus ininterrompu mais variable en densité et dans le contenu selon les moments¹⁷. Ce processus a commencé effectivement depuis les années 1960 avec l'affirmation de l'intention de l'Etat malien de mettre en œuvre des réformes institutionnelles et administratives. C'est ainsi qu'il a d'abord procédé à des mesures de normalisation à travers une adaptation permanente de l'administration publique aux exigences de développement (A) puis à des mesures de recherche d'efficacité de l'administration publique à travers une contribution active des citoyens à l'action publique (B).

A. Une adaptation permanente de l'administration publique aux exigences de développement

Au lendemain des indépendances, la tendance pour la République du Mali, était, dans un premier temps, de promouvoir l'organisation administrative du territoire et la multiplication des structures publiques du fait essentiellement de l'accroissement des fonctions des nouveaux États¹⁸ (1). Dans un second temps, il s'est attelé à la réorganisation des administrations centrales (2).

¹⁷ Fousseyni SAMAKE, «La modernisation de l'administration malienne : enjeux, défis et perspectives », communication introductive du symposium national sur la modernisation de l'administration publique, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Par exemple, au Sénégal, au début des années 1970 déjà, 56 % du budget de l'État étaient consacrés à des dépenses de personnel. L'emploi dans le secteur public a triplé entre 1957 et 1989 tandis qu'il diminuait de plus d'un tiers dans le secteur privé. Au Sénégal toujours, en 1981, le nombre de fonctionnaires était de 54 000 et la masse salariale de 50 % alors que les achats d'équipements qui se situaient autour de 40 % du budget entre 1975 et 1979 tombaient à 27 % en 1981. En Côte d'Ivoire, en 1970, 34 000 fonctionnaires étaient au service de l'État pour une masse salariale de 24 milliards de FCA et en 1981, on dénombrait 75 000 fonctionnaires pour une masse salariale de 180 milliards, soit une augmentation de 300 %.V. pour plus de détail Moussa OUMAROU, *Réformes de l'administration publique*

1. L'organisation administrative du territoire et la multiplication des structures publiques

La volonté de moderniser l'administration malienne s'est exprimée très tôt depuis la période de l'autonomie interne (1958-1960). Mais elle s'est véritablement manifestée dans les premières années qui ont suivi la proclamation de l'indépendance, le 22 septembre 1960. L'objectif était de rompre avec le modèle colonial d'administration en nationalisant les structures administratives dans le cadre de la construction du nouvel Etat-Nation. C'est ainsi que la loi du 7 juin 1960 relative à l'organisation territoriale de la République soudanaise a donné une nouvelle architecture territoriale au pays¹⁹ en disposant en son article 1^{er} : « Le territoire de la République soudanaise s'articule en régions, cercles, arrondissements, communes et villages pour les populations sédentaires et tribus et fractions pour les populations nomades »²⁰.

Une nouvelle administration a été mise en place sur la base du schéma institutionnel arrêté pendant le régime de la loi cadre de 1956 dite loi Gaston Defferre dont la mise en œuvre commença pendant la Fédération du Mali. Son fondement doctrinaire a été exposé devant le

des pays membres de l'UEMOA: impacts et perspectives, Bureau international du travail -Genève, juin 2009 p. 8 et s.

¹⁹ Avant l'indépendance l'administration coloniale avait mis en place des circonscriptions appelées « cercle » découpées en « subdivision » réparties sur l'ensemble du territoire. Le colonisateur avait aussi installé des autorités coutumières à partir des lignages « dominants » qui se sont vues confier le rôle d'auxiliaires du pouvoir colonial en étant placées à la tête de « cantons » formant la base de la pyramide administrative. Voir les *Actes de la 9^e conférence de l'Union pour la République et la Démocratie (URD) sur les réformes politiques et institutionnelles, le système électoral et la réorganisation territoriale*, 15 décembre 2018 p. 20.

²⁰ La loi n° 60-3 ALRS du 7 juin 1960 relative à l'organisation territoriale de la République soudanaise a été promulguée par le décret n° 30/PC du 21 juin 1960, *Journal officiel de la République soudanaise* du 13 juillet 1960.

deuxième séminaire tenu les 5,6 et 7 septembre 1962²¹ et adopté par le sixième congrès ordinaire de 1962. Pour le régime socialiste, l'administration doit être rajeunie, modernisée et mieux équipée pour lui insuffler de l'efficacité et du dynamisme²².

Les principales réformes ont porté sur l'administration du territoire par la création des régions et des arrondissements, ceux-ci remplaçant les subdivisions et les postes administratifs de la période coloniale. Un nouveau découpage territorial a permis d'augmenter le nombre de cercles. Cependant, une forte imbrication de l'appareil administratif et des instances du Parti a entraîné une politisation voulue et assumée de l'encadrement administratif.

La nouvelle administration publique qui a été conçue et voulue comme une administration au service du peuple s'est vite révélée comme un instrument d'impulsion de l'option de développement dans le cadre de la planification socialiste sous la Première République. A ce sujet, Daba Diawara écrit : « l'option décentralisatrice s'amorce avec la loi du 7 juin 1960 qui créa six (6) régions administratives (Kayes, Bamako, Sikasso, Ségou, Mopti, et Gao) conçues comme des collectivités décentralisées, quarante-deux (42) cercles et deux cent soixante-douze (272) arrondissements. A l'intérieur des territoires régionaux, les cercles sont maintenus et multipliés. Leur nombre passa de 7 à 41. A l'intérieur des cercles, vingt-trois (23) arrondissements furent créés pour remplacer les cantons ».²³

La création de la région à vocation administrative et économique, formée d'un ensemble de cercles, répondait effectivement à la volonté d'une large décentralisation susceptible d'assurer le développement économique et social autour de pôles ou zones de développement homogènes. Comme le disait M. Madeira Keita, ministre de l'Intérieur de l'époque, « Cette administration régionale est envisagée comme

²¹ Voir sur ce point l'exposé de Madeira KEITA devant le 2^e séminaire de l'Union soudanaise -RDA, Rapport du 2^e séminaire de l'US -RDA de 1962, p. 25 et s.

²² Daba DIAWARA, *La conquête de l'indépendance et l'édification du nouvel Etat du Mali*, étude documentaire Tome 2, 2010, p. 9.

²³ *Ibid.*

devant tendre à la décentralisation et à la déconcentration de l'action administrative. Le gouvernement local doit exercer de larges délégations données par le gouvernement central ; l'Assemblée régionale élue, gérer mieux les intérêts régionaux conformément aux impératifs de notre plan de développement et disposer à cet effet de ressources relativement importantes comme la taxe régionale qu'elle pourra consacrer à un programme d'équipement devant donner des bases solides à l'évolution économique du pays. »²⁴.

Cependant, il faut souligner que cette volonté décentralisatrice avorta prématurément à cause de la loi n° 61-129/AN-RM du 31 décembre 1961 qui créa la taxe régionale²⁵ en confiant à titre transitoire à une commission spéciale qui se substitua *de facto* à l'Assemblée régionale.²⁶ Par ailleurs, l'option socialiste prise par le régime d'alors s'est traduite par une étatisation tous azimuts entraînant une hypertrophie du secteur public comprenant de nombreuses entreprises publiques dont vingt-trois ont été créées au cours du premier plan quinquennal pour la période 1961-1965 au détriment d'un véritable développement du secteur privé.

Concernant le personnel de l'administration, un statut général des fonctionnaires a vu le jour en 1961. La réforme de l'éducation a été entreprise en 1962 reposant sur la formule des grandes écoles. C'est ainsi que des écoles supérieures telles que l'Ecole nationale d'administration (ENA), l'Ecole nationale des ingénieurs (ENI),

²⁴ Intervention du ministre de l'Intérieur, in *l'Essor*, hebdomadaire N° 64 du vendredi 10 juin 1960.

²⁵ Un lien pourrait être établi entre la démarche du régime socialiste et celle des signataires de l'accord pour la paix et la réconciliation issu du processus d'Alger qui donne aux régions la compétence dans un cadre général préalablement défini par les voies législative et réglementaire l'établissement et l'application d'impôt et de recettes propres sur la base de paramètres déterminés par l'Etat (chapitre 4, article 8).

²⁶ Il faut préciser que le décret n° 93/PG-RM du 24 janvier 1962 limitait les compétences de ladite commission spéciale à l'établissement et au contrôle de l'exécution du programme d'emploi de la taxe régionale et de la taxe sur le bétail dans les conditions qui seront fixées par instruction du ministre chargé des finances. Ce qui enlève à la région, les moyens indispensables d'une véritable décentralisation.

l'Ecole nationale de l'enseignement supérieur (ENSUP), l'Institut polytechnique rural (IPR), vont fournir les ressources humaines pour l'administration publique.

Comme dans beaucoup de système de carrière, l'entrée dans la haute fonction publique malienne passait par un séjour dans l'enseignement supérieur. Ainsi pendant un quart de siècle, de 1967 à 1993 année de la création de l'Université du Mali²⁷, l'enseignement supérieur a été orienté vers la formation des cadres immédiatement opérationnels, d'où la création des « grandes écoles » en fonction des grands secteurs de l'activité socio-économique.²⁸

Mais le développement de l'appareil administratif d'Etat connaîtra un coup d'arrêt avec le push militaire du 19 novembre 1968. Le credo libéral qui animait les nouvelles autorités militaires va conduire à des réformes tendant à réduire le rôle de l'Etat et à rationaliser les structures administratives²⁹. A l'issue de la conférence des cadres du mois de mars de juillet 1969, le Comité militaire de libération nationale mettait en place une commission nationale de réforme administrative estimant : « qu'aucune action de redressement économique et d'assainissement financier ne saurait se parfaire sans une réorganisation fondamentale des structures de l'Etat ainsi que des méthodes et procédures de l'administration malienne »³⁰.

²⁷ L'Université du Mali a été créée par la loi n° 93-060 du 8 septembre 1993. Elle a été ouverte en 1996.

²⁸ V. sur ce point Zoumana DIARRA *Les mutations de la haute fonction publique au Mali : une contribution à l'étude de la réforme de l'Etat*, éd. L'Harmattan série Administration, Etudes africaines p. 261.

²⁹ Boubacar SOW témoigne : « La décentralisation de l'échelon régional n'a donc pas été mise en œuvre sous la Première République, ni sous la Deuxième d'ailleurs. Au début des années 1970, le système des Nations unies a apporté son appui au Mali pour la réforme de son administration. Il y a ainsi eu des réformes majeures, notamment celle du système de la fonction publique, la réforme des services publics et la réforme de l'organisation territoriale ». V sur ce point Moussa DJIRE et Amadou KEITA, *La régionalisation du Mali : Regards croisés*, éd. Tombouctou, p. 45.

³⁰ *La réforme administrative au mali : stratégie, objectifs, processus et bilan provisoire*, Ministère du Travail et de la Fonction publique - PNUD, avril 1980 p. 12.

La volonté réformatrice du régime militaire se matérialisa par la mise en place en 1973 de la commission nationale de réforme administrative (CNRA)³¹ dont les travaux vont aboutir à des réformes importantes parmi lesquelles la promotion d'une administration de développement reposant sur trois piliers : la coordination, la programmation et la participation.

Dans le cadre de la réorganisation administrative et territoriale de la République du Mali, l'ordonnance n° 77-44/CMLN du 12 juillet 1977 du Comité militaire de libération nationale (CMLN) consacra la scission de la région de Gao en deux régions distinctes, celle de Gao et celle de Tombouctou, ainsi que la création de la région de Koulikoro, Bamako étant devenu un district. Ceci porta à sept, le nombre des régions et un district (Bamako).

Par ailleurs, en vue d'adapter les règles de gestion de la fonction publique à l'évolution de celle-ci et aux mutations qu'elle a subies, un nouveau statut général des fonctionnaires fut adopté en 1977. Une charte des services publics a été adoptée à travers l'ordonnance n° 79-9 du 19 janvier 1979 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des services publics. Cette charte avait pour objet, l'harmonisation et la normalisation des structures des administrations publiques afin de mettre un frein à la prolifération des services publics. Cette détermination du régime d'alors fut accélérée dans les années 1980 par les programmes d'ajustement structurel qui ont entraîné des mesures importantes ayant engendré des effets perturbants pour l'administration malienne.

En plus de la réduction du nombre et de la taille des services publics, les programmes d'ajustement structurel (PAS) prônaient le désengagement de l'Etat du secteur public avec des privatisations d'entreprises publiques, la réduction des effectifs de la fonction accompagnée par la mise en œuvre d'un programme de départ volontaire à la retraite, la généralisation des concours d'entrée dans la

³¹ L'institution d'un organisme *ad hoc* en charge de la modernisation administrative va se pérenniser avec la création en 1989 d'un service central dénommé commissariat à la réforme administrative (CRA), qui prendra le nom de commissariat au développement institutionnel (CDI) en 2001.

fonction publique³². En plus de ces mesures structurelles l'Etat décida de procéder à la réorganisation des administrations centrales.

2. La réorganisation des administrations centrales

La réorganisation de l'Etat central fut amorcée dans le cadre des programmes d'ajustement structurel. Le programme de développement institutionnel (PDI - 1^e génération) lui donna un coup d'accélérateur dans la perspective d'asseoir une véritable transformation de la gouvernance au Mali. Ainsi, une large redistribution des compétences de l'administration publique a été décidée au profit des administrations déconcentrées et des collectivités territoriales en application de la politique nationale de déconcentration.

Au nombre des progrès substantiels dans le processus de réorganisation de l'Etat central, on note les audits organisationnels qui ont permis de redéfinir ou de clarifier, selon les cas, les missions des différentes administrations publiques compte tenu des exigences de la décentralisation, de la déconcentration et de la libéralisation des activités économiques.

Dans la même veine, ces audits organisationnels ont contribué à redéfinir l'organisation des administrations centrales et des services déconcentrés aux niveaux régional et subrégional, d'élaborer les cadres organiques des administrations publiques réorganisées et de préparer les fiches de description de postes³³. A cela s'ajoutent l'élaboration des Codes de déontologie pour les secteurs prioritaires

³² Le professeur Ousmane Oumarou SIDIBE conclut que les faiblesses structurelles de l'Etat malien tirent en partie (mais en partie seulement) leurs sources des programmes d'ajustement structurel (PAS) dans lesquels le pays s'est engagé au début des années 1981 lorsqu'il avait frôlé le défaut de paiements. Quoique nécessaires, ces programmes ont eu une ampleur et une violence telles qu'ils ont considérablement réduit les marges de manœuvres de l'Etat et affaibli durablement les institutions. V sur point Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? », art. cité, p. 180.

³³ V. sur ce point les acquis du plan opérationnel pour la période 2006-2009 du programme de développement institutionnel (PDI-1).

de la sécurité, de la santé, de l'éducation et des administrations économiques et financières³⁴ ainsi que la mise en place d'un cadre de concertation avec la société civile³⁵.

Aujourd'hui, l'Etat malien fait face à la récurrence de la prolifération des structures résultant de l'éclatement et de la reconfiguration des départements ministériels. En effet, les remaniements ministériels se traduisent de plus en plus par la création de nouvelles structures avec comme conséquences un accroissement des coûts de fonctionnement, des difficultés de coordination et parfois des structures qui tournent à vide.

Les audits organisationnels réalisés jusque-là étaient essentiellement axés sur la prise en compte de la décentralisation et de la déconcentration dans l'organisation des services concernés. Ces audits n'ont concerné que les services centraux et déconcentrés des ministères, à l'exclusion des autres catégories de services publics notamment les services rattachés et les organismes personnalisés. Il est certain que la coexistence de tous ces organismes ne peut se justifier du point de vue de l'efficacité ou de l'efficience. En effet, la réorganisation des administrations centrales et déconcentrées devrait permettre, à terme, de prendre en charge une part des missions et attributions aujourd'hui exercées par de nombreux organismes personnalisés. Malheureusement cette réforme importante tant souhaitée n'a pu être réalisée.

A long terme, il y a fort à craindre que survienne une remise en cause du principe d'unité de l'administration par la multiplication des établissements publics, à travers la réduction de la cohésion et de l'efficacité de celle-ci. Dans son acception générale, l'établissement

³⁴ Le schéma pour l'élaboration de Codes de déontologie dans l'administration publique préparé en 2006 avait dégagé trois principes fondamentaux sur lesquels devrait se fonder l'élaboration des codes de déontologie à savoir : la probité, l'impartialité et l'efficacité. En 2019, le gouvernement a adopté un Code d'éthique et de déontologie de l'agent de l'administration publique.

³⁵ Un cadre de concertation avec la société civile a été créé dans le cadre du programme de développement institutionnel (PDI-1) en vue de renforcer la mobilisation des acteurs autour du programme et le sentiment de citoyenneté.

public est défini comme une personne publique distincte juridiquement de la personne publique créatrice, l'Etat ou une collectivité territoriale. L'autonomie dont il est doté est destinée à lui conférer les moyens permettant une gestion plus efficiente du service. Mais l'octroi de l'autonomie à des entités administratives emporte des conséquences aussi bien positives que négatives. Ainsi, chaque établissement public, fort de son autonomie, a tendance à vivre en autarcie, à abuser de son autonomie et a du mal à se plier aux règles de contrôle surtout lorsqu'il est de grande taille et dispose de ressources propres suffisantes pour se passer des subventions de l'Etat³⁶.

Les raisons qui ont motivé le recours à la formule de l'établissement public ne relèvent pas de considérations contingentes mais des exigences d'efficacité de l'action administrative. Cependant, ici comme dans d'autres domaines, le succès peut conduire au déclin et à l'échec si des solutions ciblées et adéquates ne sont pas apportées aux problèmes identifiés qui sont susceptibles de compromettre la durabilité de ces structures autonomes dans un contexte où de nombreuses contraintes pèsent sur l'Etat³⁷.

Pour lever ces contraintes, l'étude diagnostique sur la rationalisation des établissements publics propose des actions susceptibles de renforcer la cohérence et d'améliorer la viabilité des établissements publics. Il s'agit entre autres de compléter le dispositif juridique notamment par l'adoption de dispositions particulières régissant le personnel des établissements publics en application de l'article 6 de la loi n° 2014-049 du 19 septembre 2014 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle des services publics. Il faut rationaliser le nombre d'établissement publics par la suppression, la fusion, la transformation du statut et la restructuration de l'établissement public selon le cas³⁸.

³⁶ V. *Etude diagnostique sur la rationalisation des établissements publics* réalisée en 2018 par le cabinet Alfouseyni SOW sous la direction du professeur Fousseyni SAMAKE, pour le compte du ministère de la Réforme de l'Administration et de la Transparence de la vie publique, p. 15.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Ces actions de rationalisation des services publics visant à garantir une action de l'Etat mieux coordonnée dans des domaines stratégiques où les besoins d'améliorer la qualité des services sont urgents doivent être renforcées par une contribution active des citoyens à l'action publique.

B. Une contribution active des citoyens à l'action publique

Le mouvement de démocratisation marqué par la participation des citoyens au jeu politique ne pouvait rester sans effet sur le système administratif, d'autant que sous les régimes de parti unique, les pratiques administratives ont été dominées par peu de considération pour les droits des usagers. La réforme de l'administration publique se devait, donc, de prendre en compte ce contexte nouveau marqué par un besoin d'amélioration des relations entre l'administration et les usagers des services publics (1) et par la territorialisation des politiques publiques (2).

1. L'amélioration des relations entre l'administration et les usagers des services publics

Dans le processus d'amélioration des relations entre l'administration et les administrés, la règle de droit tient une place prépondérante. Elle est une ressource mise à la disposition de l'administré. Elle est aussi un outil de politique publique pour les autorités nationales. Elle est enfin un vecteur de diffusion d'un modèle pour les partenaires techniques et financiers »³⁹.

Toutefois, bien qu'elle soit nécessaire, elle n'est pas suffisante dans le contexte malien. Comme le met en évidence Bénédicte Fischer : « malgré la volonté dont font preuve les autorités pour proposer un cadre juridique favorable aux administrés dans leurs relations avec l'administration, leur conception du droit administratif se trouve tellement conditionnée à la fois par l'histoire de leur pays et par sa

³⁹ Bénédicte FISCHER, *Les relations entre l'administration et les administrés au Mali : contribution à l'étude du droit administratif des Etats d'Afrique subsaharienne de tradition juridique française*, Thèse en droit public de l'Université de Grenoble, 2014 p. 63-64.

situation contemporaine d'Etat en développement, que le droit tel qu'il est produit ne permet pas d'améliorer sensiblement ces relations »⁴⁰.

C'est donc à juste titre qu'elle propose la socialisation des relations entre l'administration et les usagers qui s'opère tant à l'échelle des interactions quotidiennes entre les agents publics et les administrés, ce qui emporte une interpénétration des institutions et de la société⁴¹.

Ainsi les premières actions de réforme post-démocratisation ont été marquées par le souci constant de mettre le citoyen au centre de l'action administrative. Déjà sous la transition (1991-1992), des lettres circulaires du premier ministre invitaient les administrations à améliorer l'accueil dans les services publics et les fonctionnaires au respect de la déontologie. Le processus démocratique qu'a connu le Mali depuis les événements de mars 1991 a suscité chez les citoyens une demande croissante pour une gouvernance transparente et un service public de meilleure qualité.

Dans le souci de répondre aux préoccupations des usagers, des mesures institutionnelles ont été prises, notamment l'adoption de la loi n° 98 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers de services publics et son décret d'application du 30 décembre 2003. Le gouvernement a adopté, en juillet 2003, le programme de développement institutionnel-1^{ère} génération (PDI-1) qui visait entre autres : la réorganisation de l'État central, l'amélioration des méthodes et des procédures de gestion des affaires publiques, le renforcement de la déconcentration, la consolidation de la décentralisation, la valorisation et le renforcement des capacités des ressources humaines, l'amélioration de la communication et des relations avec les usagers. Pour sa mise en œuvre un plan opérationnel a été élaboré pour 2006-2009.

Le bilan de ce plan opérationnel semble avoir été positif en ce qui concerne les changements institutionnels souhaités. Toutefois il semble être mitigé quant à son impact sur l'efficacité, le rendement et le comportement de la fonction publique. L'élaboration d'une

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 254

stratégie d'accès à l'information au sein de l'administration (SAISA) en avril 2006 et sa mise en œuvre dans six structures pilotes ont été considérées comme des avancées dans la dynamique du rapprochement des citoyens et l'administration publique. Les structures concernées par cette expérience sont la direction générale des douanes, la direction générale des impôts, la mairie de la commune 3 du district de Bamako, la direction nationale du commerce et de la concurrence et la direction nationale de la fonction publique et du personnel. Ainsi cette initiative pilote qui marque l'affirmation de la volonté politique du gouvernement du Mali de rendre effective la loi n° 98-012 régissant les relations entre l'administration et les usagers des services publics du 19 janvier 1998 ainsi que son décret d'application n° 03-580 du 30 décembre 2003⁴² devrait être étendue à un plus grand nombre de départements ministériels et aux régions du Mali.

S'agissant toujours de l'accès à l'information, des mesures importantes qui ont été déjà préconisées méritent une attention particulière. Il s'agit entre autres de la gestion électronique des documents administratifs, de l'opérationnalisation du site des démarches administratives⁴³, de la modernisation de l'archivage et de la gestion des documents administratifs.

Ces mesures visaient à mettre les citoyens au cœur de l'action publique en garantissant l'accès égal des citoyens aux services publics d'une part et d'autre part en obligeant l'administration publique à motiver ses décisions défavorables. Ces mesures visaient également à garantir aux citoyens l'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif (rapports, études, instructions et non couverts par le secret-défense), la publication régulière et la notification des actes administratifs, la mise en place dans les administrations

⁴² *Innovation conception conseils, Plan d'accompagnement organisationnel des structures pilotes pour la mise en œuvre de la Stratégie d'Accès à l'Information au Sein de l'Administration*, Bamako 2005, p. 4.

⁴³ L'accès à l'internet s'est généralisé au Mali. L'opérationnalisation du site internet dédié aux démarches administratives pour les usagers (www.demarchesadministratives.gouv.ml) assurera une plus grande accessibilité de l'information sur les services publics.

publiques des bureaux d'accueil et d'orientation des usagers, la proposition de voies de recours aux usagers qui contestent une action ou une décision administrative.

Dans la recherche du rapprochement entre les citoyens et l'administration, les pouvoirs politiques ont exploré, outre le cadre juridique, la voie institutionnelle notamment par l'institutionnalisation du médiateur de la République depuis 1997⁴⁴. Comme affirme M. Jean Paul Delevoye « de telles autorités existent dans d'autres pays sous des noms et avec des compétences différentes selon les expériences historiques ».⁴⁵

Dans le contexte du Mali, le médiateur de la République est avant tout, un intercesseur gracieux entre les citoyens et les administrations publiques et un acteur clé de la modernisation de l'administration publique⁴⁶. En effet, il est appelé à relever dans l'exercice de sa mission, les dysfonctionnements de l'administration publique. A mesure que son utilité s'est vérifiée au fil du temps, sa mission s'est élargie par la mise en place de délégués présents dans les régions et qui sont sur le terrain, au plus près des administrés renforçant ainsi son rôle d'écoute, de conseil et de facilitation de l'accès des citoyens au droit⁴⁷. L'introduction de la notion d'équité dans sa mission lui

⁴⁴ Au Mali c'est la loi du 14 mars 1997 qui institue le médiateur de la République⁴⁴.

⁴⁵ On parlera de "médiateur" ou de "protecteur du citoyen" dans les pays de langue française, de "défenseur du peuple" en Amérique latine et ailleurs, le plus souvent d'« ombudsman ». Mais ces institutions ont toutes des points communs. Voir sur ce point Jean-Paul DELEVOYE, *Le guide du bon sens ou comment rapprocher les citoyens et l'administration*, éd. Le cherche midi 2005, p. 10.

⁴⁶ Dans l'architecture institutionnelle de l'Etat, le médiateur de la République exerce un magistère d'influence. Il n'a pas de pouvoir de contrainte physique ni de décision. Pour l'accomplissement de ses missions, il dispose d'un pouvoir d'enquête, d'un pouvoir d'intercession, d'un pouvoir de recommandation, d'un pouvoir de proposition de réforme et d'un pouvoir d'injonction. Voir *Rapport annuel 2018 du médiateur de la République*, p. 68

⁴⁷ Le médiateur de la République dispose des délégations territoriales dans les régions de Kayes, Koulikoro, Sikasso, Ségou, Mopti, Tombouctou, Gao et le

permet de recommander à un service public de suspendre la stricte application des lois quand elles sont susceptibles de créer, dans tel ou tel cas particulier, une injustice flagrante⁴⁸.

La mission du médiateur de la République s'est élargie également à la possibilité d'effectuer toutes autres missions particulières dans le cadre de l'amélioration de l'Etat de droit, de la gouvernance et des droits humains ou en matière de règlement des conflits.⁴⁹ La participation du médiateur de la République à la modernisation de l'administration s'effectue par le pouvoir qui lui est offert de suggérer des mesures visant à la simplification, à l'adaptation et à l'humanisation des lois et règlement. Par ce pouvoir de proposition des réformes, il dispose d'un moyen d'agir efficacement pour la modernisation de l'administration publique et sa proximité avec les citoyens.

Généralement, les recommandations pertinentes qu'il propose dans ses différents rapports annuels illustrent à suffisance la place importante qu'il occupe désormais dans l'architecture institutionnelle de la réforme administrative du Mali⁵⁰.

Depuis quelques années, le rapport annuel du médiateur de la République recense les interpellations de tous ordres formulées par les citoyens auprès des services publics sur l'ensemble du territoire national. Il contient également des recommandations visant à satisfaire au maximum les exigences du citoyen malien dans tous les domaines des services offerts par les représentants de l'Etat. Les domaines où les litiges sont les plus nombreux sont la gestion domaniale et foncière ainsi que la justice et la protection sociale.

district de Bamako. Les régions de Kidal, Taoudéni et Ménaka ne disposent pas encore de services régionaux fonctionnels du médiateur de la République.

⁴⁸ Article 11 (nouveau) de la loi n° 2012-010 du 8 février 2012 portant modification de la loi n° 97 -022 du 14 mars 1997 instituant le médiateur de la République.

⁴⁹ Article 1^{er} (nouveau) alinéa 2 de la loi n° 2012-010 du 8 février 2012, *op. cit.*

⁵⁰ La compétence du médiateur de la République au regard de l'article 11 de la loi n° 97-022 modifiée le place à l'articulation entre la sphère administrative et les citoyens.

Certaines insatisfactions restent constantes d'années en années au nombre desquelles les mauvaises prestations dans les services publics aggravées par la corruption et d'autres comportements qui ne sont pas louables et qui détériorent la relation entre l'administrateur et l'administré.

Face à ces défis majeurs, le médiateur de la République suivant sa devise : « un recours pour le Citoyen, un conseil pour l'Administration », exhorte l'Etat à donner satisfaction aux citoyens⁵¹. Cela passe inévitablement par une territorialisation de l'action administrative⁵² et par ricochet des politiques publiques.

2. La territorialisation des politiques publiques

Le territoire constitue le lieu où se définissent les problèmes publics, où s'engagent les réflexions sur les transformations de l'action publique et les modalités de traitement de ces problèmes⁵³. Anne-Gaëlle Rimbart-Pirot conçoit la territorialisation comme : « la montée en puissance des « acteurs locaux » ou la valorisation de la « proximité »⁵⁴. Elle définit la territorialisation des politiques publiques comme « la capacité d'une organisation, en charge ou participant au déploiement des politiques publiques, à tenir compte des caractéristiques de son territoire en proposant un traitement territorialisé des problèmes publics pour y répondre au mieux »⁵⁵.

Suivant cette approche, la territorialisation des politiques publiques peut être comprise comme l'application des politiques publiques sur un territoire. Ce qui implique le passage d'une politique

⁵¹ V. sur ce point *Rapport annuel 2016 du médiateur de la République*, p. 51.

⁵² Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? » *op. cit.*, p. 186.

⁵³ Voir sur ce point DURAN et THOENIG, 1996, de MAILLARD, 2000 cités par Anne-Gaëlle RIMBERT-PIROT, in *Analyse du processus de territorialisation de l'action publique : construction d'un territoire et appropriation d'un outil pour agir collectivement*, p. 17

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Voir sur ce point DOUILLET 2003, cité par Anne-Gaëlle RIMBERT-PIROT, *op. cit.*, p. 17. *Cas des Programmes Territoriaux de Santé*, Thèse de doctorat en science de gestion, Université Aix Marseille, 2015, p.

uniforme, pour laquelle les mêmes règles sont applicables sur l'ensemble du territoire de compétence, à une politique adaptée aux spécificités des espaces identifiés.

En optant pour la décentralisation, le Mali a créé les collectivités territoriales qui sont des portions du territoire sur lesquelles l'Etat transfère une partie de ses compétences à des organes élus localement. Ces collectivités territoriales sont dotées de la personnalité morale, de l'autonomie financière, et dirigées par des organes élus localement.

Un nouveau pôle de pouvoir existe désormais à la base. Il s'ensuit que le découpage du territoire devient prioritairement un enjeu pour les populations car il permet à des personnalités qui ne sont pas dans le sérail de l'administration d'Etat d'accéder à un pouvoir de décision⁵⁶. Aujourd'hui, la réussite de la politique de décentralisation engagée par les autorités maliennes nécessite un renforcement important de la déconcentration de l'administration publique afin de créer un cadre favorable à l'exercice par les collectivités territoriales de leurs fonctions. Compte tenu du caractère très centralisé d'une administration publique disposant de peu de moyens⁵⁷, le processus de décentralisation ne doit pas exclure à terme l'éventualité d'un transfert de responsabilités, actuellement assurées par les administrations centrales elles-mêmes. Certes, l'Etat central conservera des compétences essentielles, mais devra adapter son organisation déconcentrée au nouveau contexte institutionnel et aux enjeux de stabilisation du Mali⁵⁸.

La crise multidimensionnelle de 2012 a accéléré la volonté d'approfondir le transfert des compétences de l'Etat central vers les

⁵⁶ *Les Actes de la 9^e conférence de l'Union pour la République et la Démocratie (URD) sur les réformes politiques et institutionnelles, le système électoral et la réorganisation territoriale*, 15 décembre 2018, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁷ V. sur ce point Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? », *op. cit.*, p. 184.

⁵⁸ Le transfert des compétences consacre le principe de la gestion par les collectivités territoriales des attributions légales qui leur sont reconnues. V. *Plan d'action gouvernemental de transfert de compétences et de ressources de l'Etat aux collectivités territoriales*. Ministère de la Décentralisation et de la Réforme de l'Etat, août 2016, p. 6.

collectivités. Cet engagement s'est concrétisé notamment dans l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger signé en juin 2015⁵⁹ qui peut être considéré comme une opportunité pour la dynamisation du processus de décentralisation au Mali. En effet, l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger propose un plus grand partage des missions et responsabilités entre l'Etat et les collectivités, en mettant l'accent sur les régions. Il propose également un transfert beaucoup plus large des ressources humaines et financières⁶⁰.

De plus, l'Etat s'est engagé à transférer aux collectivités territoriales les services déconcentrés relevant de leurs domaines de compétence. Mais le transfert de services de l'Etat vers les collectivités locales est beaucoup plus qu'une question de texte juridique⁶¹. C'est

⁵⁹ Article 16 de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger.

⁶⁰ L'article 8 de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger précise que les régions sont compétentes, dans un cadre général préalablement défini par voie législative et réglementaire, dans les matières ci-après : a) plan et programme de développement économique, social et culturel ; b) aménagement du territoire ; c) création et gestion des équipements collectifs et des services sociaux de base (éducation de base et formation professionnelle, santé, environnement, culture, infrastructures routières et de communication relevant du domaine régional, énergie, hydraulique et assainissement) ; d) agriculture, élevage, pêche, gestion forestière, transports, commerce, industries, artisanat, tourisme, transports interrégionaux ; e) budgets et comptes administratifs régionaux ; f) établissement et application d'impôts et de recettes propres sur la base de paramètres déterminés par l'Etat ; g) institutions de redevances ; h) acceptation et refus de dons, subventions et legs ; i) octroi de subventions ; j) prises de participation ; k) coopération décentralisée et jumelage ; l) police territoriale et protection civile.

⁶¹ L'étude sur la problématique des transferts des services techniques déconcentrés de l'Etat aux collectivités territoriales réalisée par le CDI en 2017 prévoit des mesures d'accompagnement notamment la sensibilisation des acteurs du processus pour faire connaître les avancées et progrès réalisés sur le processus de transfert des compétences et des ressources de l'Etat aux collectivités territoriales et sur la problématique du transfert des services techniques déconcentrés aux collectivités territoriales, p. 67.

un changement important pour l'Etat, les collectivités, les personnels concernés⁶². Sa réussite demande des dispositions actives et des précautions de plusieurs ordres, qui concernent la réaction du personnel en place, la capacité des collectivités à absorber et à développer leurs nouvelles compétences, l'augmentation de la qualité des services rendus à la population, le maintien d'un lien politique et technique avec l'Etat⁶³. Une fois effectif, le transfert des compétences permettra une mise en œuvre de proximité des politiques publiques avec comme principaux avantages, un meilleur ciblage des besoins des populations et une plus grande facilité d'accès aux services publics.

L'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger précise que, sans préjudice des compétences régaliennes exclusives de l'Etat, les parties conviennent de la nécessité d'une concertation entre l'Etat et les régions sur la réalisation des grands projets de développement de l'Etat⁶⁴. Cependant, dans le contexte actuel, le désengagement des administrations centrales ne saurait être pleinement effectif que lorsque les administrations déconcentrées seront organisées et dotées de sorte qu'elles puissent exercer efficacement les compétences transférées et jouer correctement leur rôle dans la décentralisation.

⁶² Il faut souligner que de 1960 à nos jours, l'Etat peine à se rapprocher des populations pour leur offrir plus et mieux de services. L'essentiel des services de l'Etat sont concentrés au niveau régional ou au niveau du cercle pour certains comme la justice ou la sécurité. Cet état de fait, fortement décrié, est même cité très souvent comme une des raisons des rebellions incessantes au nord du pays. Dès lors que le service de l'Etat est organisé et distribué selon les circonscriptions administratives, le découpage territorial devient de nouveau un enjeu pour accéder aux services de l'Etat, notamment dans le contexte de ni guerre ni paix que nous connaissons depuis 2012.

⁶³ Pour une compréhension approfondie du concept voir les conclusions de l'ouvrage collectif rédigé sous la direction de Marie Luc PAVIA, *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain*, éd. L'Harmattan, octobre 2016, p. 231 à 241.

⁶⁴ Voir l'article 12 de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger.

La réorganisation des services déconcentrés devrait donc prévoir les regroupements géographiques et fonctionnels en vue de mettre en synergie les compétences, optimiser les coûts et améliorer les services aux usagers⁶⁵. A cet effet, une période intérimaire devrait être mise à profit pour former, sensibiliser, informer tous les acteurs sur la problématique de transfert des compétences et des ressources afin d'éviter les remous sociaux, préjudiciables à la stabilité et au développement⁶⁶. Au-delà de la décentralisation de l'organisation et de la gestion des services publics, le processus de modernisation de l'administration publique malienne demeure marqué par une quête permanente de performance.

II. La réforme de l'administration publique malienne : de l'expansion des structures à la recherche de performance

Les réformes administratives et institutionnelles entreprises au Mali depuis l'indépendance, ont été caractérisées, comme dans d'autres pays africains, par l'élaboration d'une pléthore de textes législatifs et réglementaires s'accumulant en fonction des besoins recensés et de l'efficacité limitée des mesures antérieures. Ce phénomène a entraîné la multiplication des structures, des mandats et des doubles emplois, ce qui a compliqué la rationalisation de l'administration publique, une tâche voulue par les pouvoirs politiques et annoncée officiellement à maintes reprises.

Exception faite de la période qui a immédiatement suivi l'indépendance, les réformes de l'administration publique malienne ont été pilotées par des organismes *ad hoc* notamment la commission nationale de la réforme administrative (CNRA) et des services centraux notamment le commissariat à la réforme administrative (CRA) et le commissariat au développement institutionnel (CDI). Au niveau des

⁶⁵ L'exemple des directions régionales de planification, de la statistique, de l'informatique, de l'aménagement du territoire et de la population illustre cette démarche qu'il convient d'encourager à l'avenir.

⁶⁶ Voir l'étude sur la problématique des transferts des services techniques déconcentrés de l'Etat aux collectivités territoriales, *op. cit.*, p. 72.

départements ministérielles des organismes ont été créés pour la mise en œuvre des réformes sectorielles.

L'existence de ces organismes qui sont réputés détenir une expertise dans le domaine des réformes institutionnelles et administratives pourrait être considérée comme un gage d'efficacité quant au diagnostic et aux propositions de solutions. En conséquence l'on peut se demander si les résultats engrangés ont été à la hauteur des attentes. D'une manière générale, les opinions sont aujourd'hui partagées sur l'impact des réformes institutionnelles et administratives sur le développement politique, économique et social du Mali. Faut-il pour autant abandonner la réforme de l'administration ou emprunter d'autres sentiers ?

Le Mali a fait le choix de deux trajectoires à travers le programme de développement institutionnel-2^e génération qui pourront à terme conduire à la modernisation de l'administration publique. Il s'agit de l'amélioration de la performance de l'administration publique (A) et l'émergence d'un management plus professionnel des politiques et programmes de développement (B).

A. Une administration publique plus performante au service des citoyens

Le professeur Ousmane Oumarou Sidibe relève à juste titre que l'administration malienne est marquée par une crise structurelle qui constitue un facteur handicapant dans la délivrance des services aux citoyens⁶⁷. Cela pourrait justifier dans une moindre mesure son classement au 58^e rang sur 84 pays (2,5/6) suivant le critère de qualité⁶⁸. En effet, ce classement met l'accent sur une administration acceptable sur la forme mais de faible capacité. Plus particulièrement, ce classement se fonde sur le fait que l'administration malienne est frappée par les maux classiques des pays en développement au nombre desquels : le retard et la lenteur des procédures de traitement

⁶⁷ Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? », *op. cit.*, p. 184.

⁶⁸ Classement de la qualité de l'administration publique voir. Banque de données-EPIN du Groupe de la Banque mondiale (worldbank.org/ida) 2019.

des dossiers, les difficultés d'archivage et de suivi des dossiers ; l'absentéisme, les capacités insuffisantes des fonctionnaires, la faiblesse des moyens matériels et financiers, la multiplication des formes et pratiques contournant les obligations déontologiques et organisationnelles.

La crise économique et les difficultés budgétaires qui affectent profondément le Mali depuis 2012 ont très vite mis en évidence la nécessité de conduire des réformes administratives et institutionnelles afin de corriger les dysfonctionnements apparus en vue de faire de l'administration publique, un outil véritable au service du développement. Dans cette perspective, la mise en place d'un système de rémunération partiellement liée à la performance (1) et le renforcement des fonctions de contrôle et d'évaluation de la gestion publique (2) sont les deux piliers sur lesquels le nouveau programme de réforme de l'administration publique entend s'appuyer pour booster, substantiellement, l'efficacité des services publics.

1. La mise en place d'un système de rémunération partiellement liée à la performance

A l'instar des autres Etats africains au sud du Sahara, le Mali a hérité du système de fonction publique du colonisateur⁶⁹. Les différents statuts de la fonction publique que le pays a connus s'intéressaient plutôt à la notation qu'à une véritable évaluation des performances des agents publics⁷⁰. Il s'agissait de donner une note qui servait à l'avancement des agents. Ce système a donné lieu à des variantes, entre le premier statut général des fonctionnaires en 1961, qui consacrait la rupture avec le droit colonial, le second en 1978 qui visait la rationalisation et l'amélioration de la gestion des ressources humaines de l'Etat et le troisième en 2002 en vigueur qui se veut comme un moyen pour répondre à l'exigence d'exemplarité et de

⁶⁹ Il s'agit de l'ancien statut français de la fonction publique de 1946.

⁷⁰ Les pays qui ont hérité du système français, la notation servait et sert encore à apprécier la manière de servir de l'agent, laquelle fonde les propositions d'avancement le concernant (échelon, grade et catégorie).

respect du service public⁷¹

Ainsi, en vertu de ce système, il est établi, chaque année pour chaque fonctionnaire une fiche de notation comprenant : une appréciation générale arrêtée sur la base des critères exprimant la valeur professionnelle, une note fixée selon les niveaux prévus et établie en cohérence avec l'appréciation générale⁷². Aujourd'hui, la volonté politique de procéder à la mutation de la notation vers l'évaluation de la performance a été affirmée notamment dans le document de politique nationale de gestion axée sur les résultats (PN-GAR)⁷³. Toutefois, la loi portant statut général de la fonction publique du Mali reste l'une des rares en Afrique qui ne comporte pas encore de dispositions relatives aux récompenses ou à la motivation des fonctionnaires⁷⁴. Pourtant, il existe en Afrique au moins deux modèles qui paraissent intéressants pour le Mali. Le premier est celui du Niger pour son intitulé suffisamment évocateur « de la motivation du fonctionnaire » ; le second est celui du Bénin pour son caractère volontariste.

Au Niger, le fonctionnaire qui dans l'exercice de ses fonctions se distingue particulièrement par son dévouement à la cause publique et par sa contribution exceptionnelle à l'accroissement du rendement, de la productivité et de l'efficacité du service , peut recevoir des récompenses monétaires suivantes : la prime exceptionnelle pour fait de service , la lettre d'encouragements , la lettre de félicitations, le témoignage officiel de satisfaction, la mention honorable ; le diplôme d'excellence et l'honorariat⁷⁵.

Au Bénin, l'agent de la fonction publique dont le dévouement à la chose publique, la probité, la disponibilité et la loyauté permettent

⁷¹ Il s'agit de la loi n° 02- 053 du 16 décembre 2002 portant statut général des fonctionnaires.

⁷² Voir le titre VI de la loi n° 02- 053 du 16 décembre 2002, *op. cit.*

⁷³ L'évaluation de performance des agents publics est une préoccupation récente au Mali. *Etude préparatoire de l'application de la GAR à la gestion des ressources humaines dans l'administration*, Commissariat au Développement Institutionnel, mai 2017, p. 26

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Article 113 du statut général de la fonction publique du Niger.

dans les circonstances normales ou exceptionnelles d'obtenir des résultats professionnels par l'accroissement du rendement du service, peut recevoir l'une des récompenses suivantes : la lettre de félicitations et d'encouragements, le témoignage officiel de satisfaction, la mention honorable et la décoration⁷⁶.

En dépit des avancées enregistrées avec l'institutionnalisation des directions des ressources humaines en 2009, le Mali n'a pas véritablement amorcé la modernisation de la gestion des ressources humaines de l'Etat. Il est le seul pays de la zone UEMOA dont le statut des fonctionnaires date de plus de quinze ans (2002), les autres ayant procédé à la réforme de leurs textes aux cours des cinq dernières années⁷⁷.

Le passage de la notation du personnel à un système d'évaluation des agents de l'Etat basé sur les résultats pourrait constituer un prétexte pour franchir le pas, donnant ainsi l'occasion aux fonctionnaires maliens d'expérimenter un autre type de facteur de motivation notamment la reconnaissance du mérite. En tout état de cause la rémunération partiellement liée à la performance pourrait s'appliquer dans le contexte malien au moins pour deux raisons complémentaires.

Tout d'abord au plan politique, l'activation de la prime de rendement sous quelque forme que ce soit constituerait un signal fort de changement de paradigme dans la fonction publique malienne désormais structurée par la gestion axée sur les résultats dans un contexte où les préoccupations restent centrées sur les revendications catégorielles basée sur des positions de rente (primes et indemnités liées aux fonctions et aux corps).

Ensuite, au plan de la gestion des ressources humaines, la reconnaissance de la contribution des agents au renforcement de la fonction publique et aux grandes orientations de la réforme de l'Etat, notamment le basculement du budget de moyen au budget en mode programme démarré en 2018. A ces mesures importantes s'ajoute la

⁷⁶ Article 77 du statut général de la fonction publique du Bénin.

⁷⁷ Etude préparatoire de l'application de la GAR à la gestion des ressources humaines dans l'administration, *op. cit.*, p. 33.

nécessité de bâtir une véritable politique salariale qui laisse une place à la reconnaissance du mérite, en donnant une prime à la qualité de travail ainsi qu'une politique de formation prenant en compte le souci de rendre des services de qualité⁷⁸.

Au plan budgétaire une application exhaustive de la rémunération partiellement liée à la performance accroîtrait davantage les charges de l'Etat, déjà considérablement contraintes par les primes et indemnités existantes au risque de non-respect de la norme sous régionale en matière de charge salariale. En plus de l'institutionnalisation de la rémunération basée sur la performance, il serait souhaitable d'encourager le renforcement des fonctions de contrôle et d'évaluation de la gestion publique dans la perspective de relever les défis liés à la déficience de l'administration publique dans la délivrance des prestations aux citoyens.

2. Le renforcement des fonctions de contrôle et d'évaluation de la gestion publique

L'observation de l'organisation et du fonctionnement du dispositif de contrôle au Mali ainsi que l'exploitation de la documentation disponible⁷⁹ font ressortir une kyrielle de difficultés. Au nombre de celles-ci on note : un personnel insuffisant, le retard et l'absence de recrutement, de postes vacants, l'isolement fonctionnel vis-à-vis de la hiérarchie, l'absence d'indépendance et de statut protecteur, des nominations « placards », l'absence de perspective de carrière, la faiblesse ou l'inadéquation des compétences, le manque de moyens logistiques, le manque de coordination des activités etc. Dans la perspective d'améliorer l'efficacité de l'administration publique dans la délivrance des prestations aux citoyens il importe de revoir en profondeur les bases du dispositif en vue d'obtenir, par des économies

⁷⁸ Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne ? », *op. cit.*, p. 186

⁷⁹ Il s'agit notamment de la stratégie nationale du contrôle interne, du rapport final de l'étude sur le diagnostic des systèmes de contrôle élaboré en 2008 dans le cadre du projet d'appui institutionnel à la mise en place du cadre stratégique de lutte contre la pauvreté au Mali et des rapports des différents corps de contrôle.

d'échelles significatives, une meilleure mobilisation des capacités de l'ensemble des structures de contrôle interne.

Ainsi, le réaménagement du dispositif de contrôle pourrait s'articuler autour des points suivants: le développement d'une culture de gestion de risque au sein de l'administration publique; la rationalisation des différentes structures ; le développement de l'audit interne dans les services publics et parapublics; le renforcement de la coordination des activités de contrôle entre les différents corps de contrôle; la clarification des rôles des différentes structures de contrôle.

A cet égard, le programme de développement institutionnel (PDI-2^e génération) entrevoit la refondation des systèmes de contrôle et d'évaluation des politiques publiques et de la qualité des services publics afin de permettre l'implantation effective de la gestion axée sur les résultats (GAR).⁸⁰ La stratégie nationale de contrôle formulée en 2011 dont la mise en œuvre était prévue pour la période 2012–2016 a fait l'objet d'une évaluation en vue d'un recentrage autour des priorités du plan de réforme de la gestion des finances publiques au Mali (PREM) pour la période 2017-2021.

Dans le contexte du Mali la fonction d'évaluation des politiques publiques échoit au vérificateur général qui est une autorité administrative indépendante. Son statut et les appuis dont il bénéficie lui confèrent une crédibilité particulière. Au fil des ans le vérificateur général a su développer des liens de partenariat avec les structures représentatives de la société civile qui constitue donc pour lui un partenaire reconnu. Ainsi, le contrôle de l'action des services publics par les citoyens peut constituer un repère efficace pour favoriser le changement. Cependant, pour que des initiatives en ce sens soient crédibles et efficaces, il serait souhaitable qu'elles trouvent à s'appliquer de manière concrète à des politiques publiques précises, ou à la délivrance de services mesurables et d'utilisation fréquente.

Faute de trouver de tels points d'application, l'échange entre l'administration et les citoyens risque en effet fort de se limiter à des

⁸⁰ V. sur ce point le *Plan Opérationnel du Programme de Développement Institutionnel (2017-2021)*, p. 26.

approches théoriques⁸¹. Dès lors, il faut encourager la poursuite du contrôle citoyen de l'action publique en vue de l'avènement d'un management plus professionnel des politiques et programmes de développement.

B. Un management plus professionnel des politiques et programmes de développement

Les réformes institutionnelles et administratives entreprises au Mali, même si elles n'ont pas toujours eu les résultats escomptés, ont été cependant très riches en enseignements. Mais le succès de ces réformes dépend en partie de leur internalisation, non seulement par les autorités politiques nationales et locales, mais aussi par les fonctionnaires eux-mêmes et la société civile.

Malgré un cadre institutionnel assez étoffé, le constat est que la prestation des services publics ne s'est pas véritablement améliorée, le pilotage des politiques publiques manque de rigueur et la confiance du citoyen en l'Administration publique s'effrite petit à petit. Ceci a été un facteur aggravant de la crise politique profonde que le pays est en train de résoudre.

Ainsi, d'autres facteurs incontournables doivent être pris en compte pour aboutir à l'efficacité de l'administration publique. Le premier facteur est le développement des ressources humaines en rapport avec les métiers clefs de l'administration et des collectivités⁸². Le deuxième facteur est la mutation managériale de l'administration publique et du secteur public de manière générale. Celles-ci doivent apprendre à mieux orienter leurs activités suivant les priorités du moment et faire une meilleure utilisation des ressources mises à leur disposition, afin de produire des résultats tangibles répondant aux besoins des populations.

Ces réformes structurelles tant souhaitées ne peuvent être imposées de l'extérieur. Au contraire, elles doivent s'inscrire dans un

⁸¹ *Document de Programme de Développement Institutionnel (2017-2021)*, p. 29 et 30.

⁸² C'est la mission de l'Ecole nationale d'administration et du Centre de formation des collectivités territoriales.

processus d'appropriation, c'est-à-dire provenir d'une réflexion et d'une volonté internes. Cette approche de la conception des réformes institutionnelles et administratives permettrait de développer les capacités nationales d'identification des problèmes et serait un moyen de sortir du type d'assistance technique de substitution qui continue de prévaloir jusqu' à présent.

Cependant pour que les réformes institutionnelles et administratives réunissent toutes les conditions de succès et soient en mesure de progresser significativement, celles-ci doivent s'inscrire dans une vision plus large de bonne gouvernance appuyée sur un encadrement supérieur aux capacités managériales renforcées (1) et une relève de qualité (2).

1. Le développement des capacités managériales de l'encadrement supérieur

Depuis plusieurs décennies, l'une des difficultés majeures auxquelles est confrontée l'administration publique malienne est l'excessive mobilité des cadres. Les principales causes sont généralement d'ordre politique. Cette mobilité peut descendre jusqu'au niveau d'encadrement moyen des services. Elle peut aussi tenir aux conditions d'emploi des titulaires des fonctions, qui cherchent dans la mobilité fréquente le moyen d'améliorer leurs conditions matérielles ou leurs perspectives de carrière.

Ces pratiques sont déstabilisatrices pour les administrations, au sein desquelles elles annihilent tous les efforts de capitalisation de l'expérience, l'impact des formations et la continuité des réformes. Il est donc important de tenter d'y mettre un terme si l'on souhaite assurer une véritable continuité de l'Etat. Aussi, l'Administration malienne peine-t-elle à attirer, à retenir et à renouveler un encadrement de qualité, pour deux principales raisons : l'érosion progressive ces dernières années de la qualité de l'enseignement dans les Universités et les écoles professionnelles (ce qui affecte les niveaux des candidats à la fonction publique), et la faible attractivité des emplois proposés dans la fonction publique (rémunérations, mobilité, avancement). Or le contexte démographique dans la fonction publique se caractérise par des départs massifs à la retraite dans les cinq à dix

prochaines années. On parle d'un départ massif de 30 à 50 % des cadres en activité.

Au-delà du risque que représente cette situation pour le fonctionnement général des administrations publiques, c'est également une opportunité historique de procéder à un renouvellement de qualité des cadres en partance, de manière à faire évoluer durablement la culture institutionnelle, la perception des réformes, les approches et les méthodes de travail dans les services publics. En effet, les dispositifs de formation des hauts fonctionnaires maliens souffrent de beaucoup de difficultés, dont les plus importantes portent sur l'inadéquation du mode de formation en rapport avec les besoins de l'encadrement supérieur, le versement direct des nouvelles recrues dans la production et l'absence de plan de carrière et de filières promotionnelles⁸³

Pour relever ces défis le programme de développement institutionnel (PDI 2^e génération) préconise le renforcement des capacités afin d'asseoir d'un management plus professionnel des politiques et programmes de développement. De façon globale, le nouveau programme de réforme de l'administration publique préconise cinq mesures qui lorsqu'elles sont réalisées apporteront un changement ad nutum de l'encadrement supérieur des départements ministériels.

La première mesure est l'amélioration de la qualité du système d'éducation dans les filières pourvoyeuses de candidats à l'administration publique que sont : l'Ecole nationale d'administration, le Centre de formation des collectivités territoriales et la Faculté des sciences administratives et politiques⁸⁴.

La seconde mesure est la fixation d'une durée légale des mandats des hauts fonctionnaires entre 3 et 5 ans, sauf dans les cas d'insuffisance professionnelle. Cette mesure pourrait concerner les

⁸³ V. sur ce point Zoumana DIARRA, *Les mutations de la haute fonction publique au Mali : une contribution à l'étude de la réforme de l'Etat*, op. cit., p. 260.

⁸⁴ *Ibid.*

secrétaires généraux des ministères⁸⁵, les directeurs généraux et nationaux⁸⁶, les sous-directeurs et chefs de divisions,⁸⁷ les directeurs régionaux, les gouverneurs et préfets, les directeurs des ressources humaines, les directions des finances et du matériel, les chefs des cellules de planification et des statistiques, les directeurs de programmes et les chefs d'unités opérationnelles.

La troisième mesure est la reformulation des conditions de nomination et des procédures de recrutement.

La quatrième mesure est la reconnaissance d'une plus large liberté de choix au ministre dans la composition de leurs cabinets ministériels notamment le nombre et le missions des collaborateurs, sous contrainte d'un plafond d'emploi ou de masse salariale globale⁸⁸.

Enfin, la cinquième mesure est l'amélioration des conditions d'emploi et en particulier de rémunération de l'encadrement supérieur à travers l'introduction d'éléments de rémunération liés à la performance⁸⁹.

En somme, la mise en œuvre diligente de ces mesures politiques et administratives devra être renforcée par une meilleure préparation d'une relève de qualité des agents de l'administration d'Etat et des collectivités territoriales.

⁸⁵ Article 27 de la loi n° 2014-049 du 19 septembre 2014 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle des services publics.

⁸⁶ Article 14 de la loi citée.

⁸⁷ Article 15 de la loi citée.

⁸⁸ Ils auraient ainsi, pour leur proche entourage à vocation politico-administrative, la liberté de choix qu'ils perdent partiellement pour l'encadrement de leur département. Par ailleurs, les règles de délégation de signature devraient être posées, pour réserver à l'encadrement de l'administration celle des actes essentiels au fonctionnement du département ou à la mise en œuvre des politiques dont il a la charge. Ceci pourrait éviter les effets pervers que pourrait susciter le nouvel équilibre ainsi envisagé : la tentation de dessaisir les cadres des ministères au profit des collaborateurs de cabinet.

⁸⁹ V. sur ce point l'axe préparatoire sur la modernisation de la gestion des ressources humaines. *Rapport CDI 2017*.

2. *La préparation d'une relève de qualité des agents de l'administration d'Etat et des collectivités territoriales*

L'administration malienne connaît, depuis l'indépendance, une succession de réformes aux objectifs parfois contradictoires qui ne cessent à la fois de la réorienter et de la fragiliser. A cause d'une volonté politique souvent hésitante, d'un environnement culturel réticent et des capacités techniques faibles des agents de l'administration publique, de nombreuses politiques publiques n'ont pu être effectives⁹⁰.

Pour agir sur l'administration, il ne s'agit donc pas de proposer de nouvelles réformes massives mais bien de travailler sur les hommes et leurs pratiques afin de les rendre efficaces voire pertinentes pour que les citoyens les acceptent et les soutiennent. Cela passe par une vraie formation des fonctionnaires aux métiers de l'administration.

Déjà en 2003, le gouvernement malien a perçu cette nécessité en prenant des décisions importantes concernant la réorganisation de la gestion des ressources humaines. Toutefois, ces efforts n'ont pas abouti aux résultats escomptés. Un bilan mitigé est dressé par de nombreux observateurs⁹¹. Certains relèvent que les investissements dans la formation ont donné peu de résultats tangibles jusqu'ici et les changements impulsés ont été largement ignorés par le personnel. D'autres soutiennent que les politiques et systèmes de gestion des ressources humaines ne sont toujours pas ajustés aux nouveaux besoins. Ce qui explique pourquoi les compétences professionnelles des spécialistes en ressources humaines restent déficientes⁹².

Dans un tel contexte la préparation de la relève se pose avec acuité. Certains observateurs⁹³ proposent l'organisation d'une formation

⁹⁰ Voir PNUD, *Réforme de l'administration publique, accès à l'information et gouvernance électronique, évaluation du projet*, 2010

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Plan Opérationnel du Programme de Développement Institutionnel (2010-2013)*, p. 81.

⁹³ Sciences PO Bordeaux fait partie des observateurs de l'évolution de l'administration publique à travers le soutien aux étudiants maliens qui effectuent des recherches sur l'administration publique et à travers de

spécifique d'un nombre important de cadres entrant dans la fonction publique, d'autres suggèrent l'appui au renforcement de la qualité du système d'enseignement supérieur⁹⁴.

Il serait souhaitable d'élaborer, à court terme, un programme de formation spécifique à l'intention d'un nombre important de cadres entrant dans la fonction publique en vue de relever les socles de compétences essentielles notamment dans les fonctions d'administration des ressources et d'inculquer une culture plus positive de l'administration publique⁹⁵. Plus spécifiquement il s'agira de construire une masse critique de jeunes fonctionnaires certifiés, à raison de quatre cents candidats formés par an, afin de constituer un poids limité, mais significatif dans la fonction publique territoriale et centrale⁹⁶.

L'administration publique malienne bénéficiera ainsi de personnels mieux formés et requalifiés pour assurer leurs métiers et mettre en œuvre les actions de l'administration dans une logique managériale, axée sur les résultats et sur la satisfaction des usagers. La relève de qualité des agents de l'administration d'Etat et des collectivités territoriales passe par la promotion des agents publics. Cependant on note encore la quasi absence de plan de carrière des fonctionnaires⁹⁷. Cette situation qui perdure depuis des décennies est source de démotivation des fonctionnaires.

nombreux projets dont le projet de soutien à la requalification des fonctionnaires au Mali élaboré 2014.

⁹⁴ *Plan opérationnel du programme de développement institutionnel (2010-2013)*, op. cit., p. 81.

⁹⁵ *Plan opérationnel du programme de développement institutionnel (2017-2021)*, p. 22.

⁹⁶ *Projet de soutien à la requalification des fonctionnaires au Mali élaboré en 2014* élaboré par Sciences PO Bordeaux.

⁹⁷ Il faut souligner que deux départements ministériels, la santé et les affaires étrangères ont tenté l'expérience de plan de carrière avec des fortunes diverses. Selon une frange importante de fonctionnaires, la mise en œuvre de plan de carrière dans ces départements ministériels est basés plutôt sur des considérations clientélistes que sur le mérite et constituent un facteur important de démotivation du personnel.

Pour y faire face, le gouvernement a engagé la réflexion sur la création d'une Agence de management public (AMP) dont l'une des missions serait le suivi des carrières des hauts fonctionnaires⁹⁸. En plus de cette mission stratégique de promotion de la qualité et de développement du leadership, l'Agence de management public serait chargée de l'observation et de l'analyse des pratiques de management dans l'administration et les établissements publics, l'identification des mesures et actions destinées à accroître l'efficacité et l'efficience de l'administration publique. L'Agence de management public sera également chargée d'améliorer les relations avec les usagers, de simplifier les procédures, d'accroître la transparence et d'accompagner les actions nécessaires en matière de diagnostic organisationnel, de reconfiguration des processus, de modernisation des systèmes de gestion.

Cette structure qui devrait être rattachée à la primature sera chargée d'animer un réseau constitué des cellules de gestion des ressources humaines au niveau des départements ministériels. De ce fait, elle devrait pouvoir accéder aux informations sur le profil des hauts fonctionnaires et centraliser toutes les demandes de poste des directions à pourvoir, y compris ceux des directeurs des administrations centrales et des établissements publics.

Cette structure stratégique devrait assurer le suivi personnalisé des hauts fonctionnaires de l'administration publique et de veiller sur l'adéquation des profils aux emplois à pourvoir. Toutefois pour une meilleure opérationnalisation de cette structure, celle-ci devrait être constituée de cadres compétents dont certains ne seront pas nécessairement issus de l'administration publique. Ce nouveau management des compétences de l'administration publique malienne souhaité devrait être soutenu par deux mesures importantes : la

⁹⁸ La création d'une agence de management public est intervenue suite aux instructions données par le premier ministre M. Omar Tatam Ly au CDI, en 2013, de mener une analyse sur la création d'une structure orientée vers la modernisation des services publics.

création d'une base de données de compétences⁹⁹ et l'effectivité de l'appel à candidature pour les fonctions hautement qualifiées¹⁰⁰.

*

* *

Les réformes administratives et institutionnelles entreprises au Mali, sans se traduire par une révolution, ont eu des effets cumulatifs importants sur l'Etat, l'appareil administratif, le personnel, le secteur privé, au moins pour certaines des mesures mises en œuvres. Dans un certain nombre de domaines des avancées notables ont été enregistrées, notamment l'amélioration des infrastructures et des équipements, la meilleure qualité de l'accueil.

Cependant, l'arbre ne doit pas cacher la forêt. Malgré quelques changements inconstatables, il ne semble pas, sous réserve de confirmation par enquêtes, que l'administration se soit véritablement réconciliée avec les citoyens. En effet, la résistance au changement est assez forte dans certains secteurs et bien des habitudes, surtout les mauvaises, semblent persister comme la corruption.

⁹⁹ La mise en place de base de données des compétences va entraîner la dématérialisation et la simplification des procédures de production des actes d'administration.

¹⁰⁰ La loi n° 2014-049 du 19 septembre 2014 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du contrôle des services publics a consacré le principe de l'appel à candidature pour la désignation aux emplois de directeurs de projets et programmes organisés sous forme de service rattaché, de directeurs des établissements publics et de directeurs des sociétés d'Etat. L'alinéa 2 de l'article 52 de cette loi dispose : « les emplois administratifs supérieurs [...] sont réservés en principe, en raison de leur niveau hiérarchique, au personnel des grades les plus élevés de la Catégorie A du statut général des fonctionnaires, aux magistrats des grades les plus élevés, aux officiers généraux et aux officiers supérieurs des forces armées et de sécurité et aux fonctionnaires les plus gradés de la police ». Au terme de l'alinéa 2 de l'article 53 de la même loi, les modalités de l'appel à candidature sont fixées par décret pris en conseil des ministres. A ce jour, l'appel à candidature pour la désignation aux emplois de directeurs de projets et programmes, de directeurs des établissements publics et de directeurs des sociétés d'Etat, est réglementé par des instructions du premier ministre.

Aussi, les défis à relever sont-ils encore nombreux surtout que les évènements politico-militaires de 2012 ont mis à nu la fragilité de notre Etat. L'administration publique qui est le bras armé de l'Etat a une part importante, voire essentielle dans sa reconstruction¹⁰¹. Mais les réformes politiques et institutionnelles envisagées dans le cadre de l'accord pour la paix et la réconciliation issu du processus d'Alger sont-elles suffisantes¹⁰² ?

Il appartient aux réformateurs de l'administration publique malienne de prendre toute la mesure de la situation actuelle en imaginant des solutions véritablement novatrices qui prennent en compte toutes les pesanteurs et toutes les attentes de notre société de plus en plus exigeante et de l'environnement international.

Concrètement, il faudrait responsabiliser les acteurs, les motiver, les aider à gérer les résistances et à remobiliser le personnel de l'administration publique en vue de la mise en œuvre effective et durable des réformes administratives et institutionnelles. En tout état de cause, il faudrait arriver à créer une vraie dynamique de

¹⁰¹ Pour les auteurs de l'ouvrage *Les rébellions au nord du Mali*, le pays est sous tutelle. Plus que jamais, la seconde bataille de l'indépendance demande a été menée pour restituer à un pays qui, par le passé, a inspiré le respect, son honneur et sa dignité, sa souveraineté, son unité, l'ordre et la sécurité, les conditions de son développement. V. sur ce point Choguel Kokalla MAIGA et Issiaka Ahmadou SINGARE, *Les rebellions au nord du Mali*, éd. Edis 2018 p. 300.

¹⁰² Il faut souligner que malgré l'adhésion d'une frange importante des protagonistes au processus d'Alger, il existe une opinion dissidente. Pour Cheibane COULIBALY, « cette politique insensée de régionalisation, une des clés de voute de l'Accord d'Alger, hypertrophie la dimension politico-administrative de la Région au détriment de la dimension économique que les populations ont privilégiée depuis l'indépendance. Par son souci de délimiter les régions autour des revendications politiques de groupes humains bien précis, elle favorise « l'ethnicisation » du pays. Par les pouvoirs exorbitants accordés aux institutions régionales (notamment les prérogatives des Assemblées régionales), elle augmente les risques de partition du Mali. Il y a indubitablement des leçons à tirer des tragédies que vit le Nigeria qui a sacrifié dans le temps à la logique de multiplication des Etats comme réponse aux revendications des communautés de base ». Voir son article « Par-delà Sisyphe ? », 26 octobre 2016, p. 2.

Abraham Bengaly

changement, susciter l'enthousiasme, communiquer, partager les réussites et les échecs, reconnaître la contribution des agents méritants qui participent activement à la transformation de l'Etat.

REFLEXION SUR LE JUGE DE L'ADMINISTRATION EN DROIT MALIEN

**Dr. Yamadou CAMARA,
enseignant chercheur à la Faculté de droit public de l'Université des
sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

RESUME

L'administration au Mali peut prendre deux types d'actes. Le premier type est représenté par des actes qui se rattachent à la gestion publique ou à la puissance publique. Le second type regroupe des actes liés à la gestion privée. Les litiges concernant les premiers relèvent du juge administratif, et les litiges provoqués par les seconds relèvent du juge judiciaire. Investie d'une mission d'intérêt générale, l'administration est soumise pour la plupart de ses activités à un droit spécial, le droit administratif. Toutefois, le droit privé s'applique pour certaines de ses activités définies par la loi, ou par la tradition ou par la jurisprudence. Par juge de l'administration au Mali, il faut entendre principalement le juge administratif et accessoirement le juge judiciaire. Chaque ordre de juridiction a son domaine de compétence, et le partage de compétences suscite bien des interrogations qui sont relatives aux questions préjudicielles et préalables. Ainsi, le contentieux des décisions administratives, des contrats administratifs, des domaines publics, des services publics administratifs, de la police administrative... relèvent du juge administratif. En revanche, le juge judiciaire sera exceptionnellement compétent pour trancher les litiges relatifs à l'activité de l'administration. Tel est le cas de certains impôts (impôts indirects), des dommages causés par les véhicules de l'administration, de l'état civil et de la capacité des personnes, des libertés individuelles, de l'emprise irrégulière, de la gestion du

domaine privé de l'administration, des services publics industriels et commerciales, de la voie de fait ou les litiges relatifs au fonctionnement du service public de la justice... .

MOTS CLES : Juge – Administration – Mali.

Avec la Révolution française, les principes de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit apparaissent. Aucun pouvoir ne doit intervenir sur les prérogatives des autres¹. C'est pourquoi, fut adoptée la loi des 16-24 août 1790² et le décret du 16 fructidor an III (1794)³. Ces actes qui consacrent la séparation des autorités administratives et judiciaires sont à l'origine de la dualité de juridiction.

Du fait de la colonisation française, le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires et de la dualité des juridictions ont été théoriquement reçus en droit malien comme en témoigne la Constitution du 22 septembre 1960⁴. Au lendemain donc de l'indépendance, les litiges d'ordre administratifs relevaient en premier ressort de la Cour d'Etat en sa section contentieuse.

Les lois n° 61-55 et 61-56 /AN-RM du 15 mai 1961 portant création de la Cour suprême et de la Cour d'Etat ont été remplacées par la loi n° 65 -02 /AN-RM du 13 mars 1965 qui regroupait au sein de la seule Cour suprême, la section judiciaire, la section administrative, la section constitutionnelle et la section des comptes.

¹ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006 p.17.

² « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelques manières que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions ».

³ « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelques espèces qu'ils soient, aux peines de droits ».

⁴ Art.51 « La législation en vigueur demeure valable dans la mesure où elle n'est pas contraire à la constitution, et dans la mesure où elle n'a pas fait l'objet d'une abrogation expresse ».

Seule juridiction administrative du pays, la section administrative assurait en premier et dernier ressort le contrôle de la légalité des actes administratifs jusqu'à l'intervention d'une réforme opérée par la loi n° 88-39/AN-RM du 8 février 1988 portant création des tribunaux administratifs. En 2011, la loi n° 038 du 15 juillet a créé six Cours administratives d'appel⁵ et trois Tribunaux administratifs⁶.

Le juge administratif est, certes, le juge de droit commun du contentieux administratif, mais il ne possède pas le monopole absolu de toutes les actions intentées contre les autorités administratives⁷. Des lois particulières sont venues en effet, dans certaines hypothèses précises, consacrer à titre exceptionnel le principe de la compétence du juge judiciaire⁸. Dès lors qu'il y a dualisme juridique et que le juge judiciaire conserve une certaine compétence vis-à-vis de l'administration⁹, l'on pourrait à juste titre considérer qu'il existe en fait deux juges de l'administration : le juge administratif et le juge judiciaire. Le terme juge désigne toute juridiction quel que soit son degré dans la hiérarchie (juge de 1^{ère} instance, juge d'appel, juge de cassation) ou tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel de trancher un litige¹⁰.

Quant à l'administration, elle est « tantôt une activité, le fait d'administrer ; tantôt l'organe ou les organes qui exercent cette activité »¹¹. Elle désigne un ensemble d'organes par lesquels, sont

⁵ A savoir la Cour administrative de Kayes, Sikasso, Ségou, Mopti, Gao et dans le district de Bamako (art 2 de la loi précitée).

⁶ A savoir le Tribunal administratif de Sikasso, Ségou et de Gao (art. 6 de la loi ci-dessus citée).

⁷ P. SANDEVOIR, *Le contrôle de l'action administrative*, Paris, CNFPT, 1988, p. 24.

⁸ Comme son homologue français, le législateur malien a attribué certaines matières au juge judiciaire. Ce sont entre autre l'état des personnes, les libertés individuelles et propriétés privées, le contentieux des impôts indirects, le contentieux des accidents causés par les véhicules de l'administration...

⁹ G. DUPUIS, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 10^{ème} éd., 2007. p. 14.

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique.*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1987.

¹¹ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 1.

conduites et exécutées des tâches publiques¹². Dans cette perspective, l'administration est conçue tout à la fois comme essentiellement différente de l'activité des particuliers et comme distincte de certaines autres formes de l'activité publique telles que la législation, la justice¹³. L'administration apparaît donc comme une activité par laquelle les autorités publiques, et parfois privées, pourvoient, en utilisant le cas échéant des prérogatives de puissance publique, à la satisfaction des besoins d'intérêts publics¹⁴. Chaque fois que l'administration n'agit pas selon la règle de droit, les administrés pourront saisir le juge. En outre, la section des comptes de la Cour suprême est juge des comptes des comptables publics¹⁵.

Toutefois, le contrôle de constitutionnalité des lois au Mali, relève de la compétence du juge constitutionnel, qui est également juge du contentieux des élections présidentielle et législatives¹⁶. Il ne s'agit pas du contrôle politique ni du contrôle administratif qui sont d'autres formes de contrôle susceptibles de s'appliquer à l'activité de l'administration. Il s'agit bien d'un système de contrôle analogue à celui dont disposent les particuliers pour se protéger des entreprises menées par les autres particuliers¹⁷. Dans ce type de contrôle, c'est un juge, un tribunal, qui exercera l'opération de surveillance de l'administration. Le fait que le contrôle juridictionnel soit un contrôle externe pourrait être d'une certaine importance. En effet, cela pourrait empêcher l'administration d'être à la fois juge et partie.

L'administration, si elle dispose légitimement de prérogatives lui permettant de remplir ses fonctions, doit avoir nécessairement des

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p5.

¹⁵ Art. 82 de la loi n° 96-071 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

¹⁶ Art. 31 de la loi n° 02-011 du 5 mars 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

¹⁷ P. SANDEVOIR, *Le contrôle de l'action administrative, op. cit.*, p. 11.

limites. D'abord elle est soumise à la légalité¹⁸, ensuite, elle doit répondre des conséquences de ses actes. En effet, la démocratie et l'Etat de droit supposent la limitation et le contrôle de l'administration.

L'intervention du juge tend à protéger aussi bien l'administration que l'administré. Défendre les citoyens contre l'arbitraire du pouvoir, certainement, mais aussi protéger l'administration contre elle-même, contre ses propres incohérences, la rendre crédible et fiable. Cette fonction implique bien souvent soit une annulation, soit une réparation. A cet effet, Jean-Marie Auby et Roland Drago diront que « le contentieux administratif remplit donc une fonction de protection des administrés contre l'administration. Il met les individus à même de préserver, dans la mesure prévue par la règle de droit, leurs droits et interdits à l'encontre des exigences de l'action administrative »¹⁹.

L'existence simultanée d'un ordre administratif et d'un ordre judiciaire peut être génératrice de complication pour les justiciables en raison de la subtilité des règles de compétence, de la multiplicité des questions préjudicielles, sans compter les risques de divergence de jurisprudence entre les deux ordres de juridictions.

L'objet de la présente étude est d'apporter les éléments de réponses aux questions suivantes : Devant quel ordre de juridiction doit-on apporter un litige impliquant l'administration ? Autrement dit, lorsqu'un administré a subi un préjudice provoqué par une action de l'administration, ou se plaignant de l'illégalité d'un acte administratif, comment pourra-t-il savoir s'il doit saisir le juge administratif ou le juge judiciaire ?

L'exploitation de nos recherches dans les bibliothèques et les interviews des juges administratifs et judiciaires nous ont permis de constater que le juge principal de l'administration est le juge

¹⁸ Le principe de la légalité n'est pas un principe équivoque. Dans les circonstances exceptionnelles, l'administration peut prendre certaines mesures qui en temps normal seraient illégales.

¹⁹ J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., vol. 1, 1984, p. 15.

administratif (I) ; mais que le juge judiciaire est exceptionnellement compétent en matière administrative (II).

I. Le juge administratif, juge principal de l'administration

Le contrôle juridictionnel de l'administration est assuré principalement par les juridictions administratives (Tribunal administratif, Cour administrative d'appel²⁰ et la section administrative de la Cour suprême) dont la définition, l'organisation, la compétence et la procédure diffèrent des juridictions de l'ordre judiciaire. Ces juridictions ne connaissent que du contentieux administratif. Nous verrons d'une part le principe de la compétence du juge administratif (A) ; et d'autre part les limites à ce principe (B).

A. Le principe de compétence du juge administratif

Deux principes peuvent déterminer la compétence du juge administratif : une conception organique (1), attribuant à l'ordre juridictionnel administratif tous les litiges soulevés par l'activité des personnes publiques²¹ ; et une conception matérielle (2) lui donnant le jugement de toutes les affaires conduites dans l'intérêt général sous l'empire d'un droit dérogatoire au droit commun²².

1. Le critère organique

Est administrative l'activité des personnes publiques : l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics. A cet effet, les décisions des autorités administratives régionales, locales et

²⁰ La Cour administrative d'appel existe, mais elle n'est pas fonctionnelle pour le moment.

²¹ C. DEBBASCH, *Droit administratif*, Paris, Economica, 8^{ème} éd., 2007, p. 571.

²² *Idem*.

communales ou les autorités centrales²³ peuvent être annulées pour excès de pouvoir par le juge administratif²⁴.

Le critère organique de la compétence du juge administratif remonte à l'arrêt Terrier. Dans cette jurisprudence, Romieu résume ainsi : «... tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux..., soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est par sa nature, de la compétence administrative »²⁵. De manière plus générale, entrent dans la compétence administrative les litiges relatifs aux services publics administratifs gérés par une personne publique qu'il s'agisse de leurs actes ou de leur organisation.

S'agissant des litiges concernant l'exécution du service public administratif gérés par des personnes publiques, il y a la clause générale de la compétence qui fait référence tout à la fois à la notion de puissance publique et à celle de service public²⁶. Elle s'applique tant en ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux que les contrats. De ce fait, administrer désigne dans le langage administratif, non seulement le fait d'accomplir une masse d'opération tant matérielles qu'intellectuelles qu'exige la satisfaction de l'intérêt général, mais aussi le fait de poser des actes juridiques qui fixent les droits et les obligations respectifs des personnes publiques et des particuliers²⁷.

Cependant, il convient de signaler que la théorie de l'acte administratif résulte d'une délimitation de la théorie générale de l'acte de l'administration. Cela veut dire que cette analyse ne portera que sur les actes juridiques de l'administration, et non sur les actes

²³ Art. 111 de la loi n° 2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation et les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

²⁴ Art. 7 de la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs au Mali.

²⁵ CE, 6 février.1903, Terrier.

²⁶ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 497.

²⁷ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 1996, p. 81.

matériels. En effet, les actes administratifs matériels sont purement juridiques. Ce sont des simples faits dont on ne peut nier l'existence. Il faut en déduire qu'un recours en annulation serait inconcevable. Les actes administratifs juridiques en revanche, ont des effets juridiques ; ils créent des droits et des obligations. Ce sont des moyens juridiques par lesquels s'exerce l'action administrative²⁸. Les actes de l'administration sont juridiques lorsqu'ils sont destinés à produire les effets juridiques (ou effets de droit) ; ils ont pour objet de créer ou de modifier une situation juridique.

La doctrine nous propose plusieurs définitions, qui sont presque identiques. Nous avons opté quant à nous, pour la définition suivante : « L'acte administratif unilatéral est un acte juridique accompli unilatéralement par une autorité publique administrative et créant pour des tiers des droits ou des obligations »²⁹. L'application de cette définition englobe donc les actes suivants : les décrets du président de la République et du premier ministre qu'ils soient individuels ou réglementaires, qu'ils s'agissent des règlements autonomes ou d'application ; les ordonnances de l'article 74 de la Constitution malienne du 25 février 1992 avant leur ratification ; les ordonnances référendaires ; les décisions de l'article 50 de la Constitution malienne du 25 février 1992 quand elles interviennent dans le domaine réglementaire ; les arrêtés interministériels, ministériels, préfectoraux, des maires... .

L'acte unilatéral occupe en droit administratif une place beaucoup plus considérable qu'en droit privé. Sous la forme de la décision exécutoire, il constitue le mode d'action principale de l'administration. La décision exécutoire est susceptible d'être déferé au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir, recours juridictionnel pouvant être ouvert de plein droit à l'encontre de toute décision administrative.

En matière de recours pour excès de pouvoir, le législateur malien retient la compétence des tribunaux administratifs à connaître en

²⁸ P. WIGNY, *Droit constitutionnel, principe et droit positif*, Bruxelles, 1952, p. 132, n° 58.

²⁹ J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, 21^{ème} éd., p. 344.

premier ressort les décisions des autorités régionales ou locales (arrêtés des maires, des préfets, des gouverneurs...) ³⁰. C'est pourquoi le Tribunal administratif de Bamako a annulé la lettre d'attribution n° 1197/KTI-DOM en date du 21 février 2013 du préfet du cercle de Kati portant attribution de lot n° D/435 de Dogobala au nom de Cheickna dit Sékou Diarra, pour excès de pouvoir ³¹. Dans une autre affaire, le juge administratif a annulé la décision n° 0207/M-DB du 12 février 2009 de la mairie du district de Bamako portant régularisation de la parcelle R.W/1 dans le lotissement de Sébénicoro en commune IV du district de Bamako, pour excès de pouvoir ³². Dans le même sens, le juge de l'excès de pouvoir a censuré la décision n° 070/GDB-CAB du 30 mars 2011 du gouverneur du district de Bamako ³³.

Les recours dirigés contre les actes des autorités centrales relèvent en premier et dernier ressort de la compétence de la section administrative de la Cour suprême ³⁴. Il s'agit des décrets (annulation du décret n° 355/P-RM du 2 décembre 1988 autorisant révocation de Manassa Danioko présidente du Tribunal de Bamako pour excès de pouvoir ³⁵; annulation du décret n° 2014-0407/P-RM du 6 juin 2014, fixant les modalités de perception et de répartition des redevances de droit d'auteur et des droits voisins pour excès de pouvoir ³⁶; annulation du décret n° 718/PM-RM du 20 décembre 2012 portant autorisation de cession ³⁷); des arrêtés ministériels (annulation de l'arrêté n° 1045/MEFP du 27 février 1988 portant licenciement d'Issa

³⁰ Art. 7 al. 1 de la loi n° 2018-031-12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs.

³¹ Jugement n° 124 du 3 avril 2014 du Tribunal administratif de Bamako (TAB).

³² Jugement n° 257 du 1^{er} décembre 2009 (TAB).

³³ Jugement n° 415 du 25 août 2011 (TAB).

³⁴ Art. 111 de la loi n° 2016-046 du 23 septembre 2016 portant loi organique fixant l'organisation et les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle.

³⁵ CS, section administrative, 4 octobre 1990, Manassa Danioko.

³⁶ Cour suprême (CS), section administrative, 05-02-2015.

³⁷ CS, section administrative, 05-02-2015.

N'diaye professeur de philosophie³⁸ ; annulation des décisions n° 5024/MDAC-SG du 9 décembre 2011 et n° 5025/MDAC-SG du 9 décembre 2011 du ministre de la Défense et des Anciens combattants en ce qui concerne les requérants³⁹ ; annulation de l'arrêté n° 1922 du 18 juillet 2014 du ministre de la Justice et des Droits de l'homme garde des Sceaux pour non- respect de la hiérarchie des normes⁴⁰ ; ou interministériels (annulation des arrêtés n° 000081-MTFPRIDNFPP-D2-1 ET n° 4507-MEFBDGD du 28 décembre 2012 et n° 3411-MFPRADNFPP du 27 novembre 2012⁴¹).

Dans les contrats administratifs, l'inégalité fondamentale entre l'administration et le particulier que manifeste l'acte unilatéral, s'atténue. En effet, les contrats administratifs, comme tout autre contrat, suppose l'accord de deux parties, et le cocontractant n'est lié à elle que parce qu'il l'a voulu. Il y a des cas où l'administration peut passer les contrats civils ou commerciaux, régis par le droit privé et relevant de la compétence du juge judiciaire⁴². C'est la règle générale en ce qui concerne les services publics industriels et commerciaux.

Cependant, dans la plupart des cas, l'on constate que le contrat conclu par l'administration met, malheureusement, en échec l'égalité essentielle qui est à la base des contrats de droit privé. Il est donc reconnu à la personne publique, des prérogatives à tous les stades de l'opération contractuelle par le régime des contrats administratifs, car l'administration détermine seule les clauses du contrat que le particulier ne peut qu'accepter ou refuser en bloc. Elle peut contrôler, voire diriger les opérations d'exécution et sanctionner la défaillance du cocontractant sans que le juge les ait aux préalables constatés. Elle peut même, dans certains cas, modifier⁴³ par sa seule décision, l'étendue des obligations initialement acceptées, et mettre fin au contrat, le cas échéant.

³⁸ CS, section administrative, 14 novembre 1989, Issa N'diaye.

³⁹ CS, section administrative, 19-02-2015.

⁴⁰ CS, section administrative, 8 mai 2015.

⁴¹ CS, section administrative, 11 octobre 2013.

⁴² J. RIVERO & J. WALINE, *Droit administratif*, 21^{ème} éd., *op. cit.*, p. 71.

⁴³ CE 21 mars 1910 Compagnie générale des tramways.

Au Mali, les marchés publics, les conventions de délégation de services publics et les contrats de partenariat constituent des contrats administratifs selon les dispositions de l'art. 2 du décret n° 2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations du service public.

Certains contrats de l'administration sont considérés comme des contrats administratifs en fonction de divers critères jurisprudentiels dégagés par le Conseil d'Etat français : l'un des cocontractants doit être une personne publique. Un contrat entre deux particuliers n'est jamais un contrat administratif à moins que l'un des particuliers n'agisse pour le compte d'une personne publique, est, en quelque sorte son mandataire⁴⁴ ; il faut que l'une ou de l'autre des deux conditions suivantes soit réalisée (chacune des deux conditions est donc suffisante) : ou bien que le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun⁴⁵ ; ou bien que le contrat ait pour objet l'exécution même du service public⁴⁶.

Les recours en matière de contrats relèvent en principe du plein contentieux. A cet effet, La Cour suprême (section administrative) a condamné la direction administrative et financière de la présidence de la République à payer à la SOGECECO-SARL au principal la somme de vingt-trois millions trois cent vingt-quatre mille deux cents soixante-douze (23 324 272 FCFA)... à titre des dommages et intérêts cinq millions de francs (5 000 000 FCFA)⁴⁷ pour résiliation du contrat.

Il s'agit du domaine où le juge administratif possède les pouvoirs les plus étendus ; par conséquent, les stipulations contractuelles ne peuvent être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir en raison de l'effet relatif du contrat, seuls les actes détachables du contrat le peuvent. A cet effet, la Cour suprême du Mali a annulé les décisions du comité de règlement des différends pour vice de

⁴⁴ TC 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, *Rec.* 787.

⁴⁵ CE 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

⁴⁶ CE 20 avril 1956, Epoux Bertin.

⁴⁷ Arrêt n° 047 du 23 -02- 2012, direction administrative et financière de la présidence de la République c/SOGECECO- SARL.

procédure⁴⁸. Cependant, les tiers comme le cocontractant peuvent attaquer les clauses réglementaires du contrat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

En France, la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions autorise aux représentants de l'Etat un déferé préfectoral. Il s'agit d'une action intentée devant le juge de l'excès de pouvoir contre les actes unilatéraux et les contrats⁴⁹. S'agissant enfin des litiges concernant l'organisation du service public administratif gérés par les personnes publiques, il faut noter que les différentes actions des personnes publiques relèvent du juge administratif dès lors qu'elles entraînent les conséquences dommageables : c'est le contentieux de la responsabilité. Ainsi, relèvent du juge administratif le contentieux relatif au personnel du service public et le contentieux concernant les biens du service public.

Le personnel affecté à l'exécution des services publics à gestion publique se trouve normalement dans une situation juridique de droit public⁵⁰. Depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873, le juge reconnaît une responsabilité de principe des personnes publiques⁵¹. En effet, dans cette jurisprudence, le commissaire du gouvernement David affirmait que « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour des dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les

⁴⁸ Arrêt n° 239 du 23-12-2010, les Etablissements Cheickna Sylla et le comité de règlement des différends-CFAO Motors).

⁴⁹ Au Mali, le déferé préfectoral est prévu par l'article 7, 3^{ème} tiret de la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 sur les Tribunaux administratifs.

⁵⁰ J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, op. cit., p. 481.

⁵¹ Au Mali dans l'arrêt n° 165 du 27-08-2009 et le ministère de la Sécurité et de la Protection civile. Dans cette affaire, « la Cour suprême (section administrative) condamne l'Etat du Mali à payer à la Société Bocoum et frères la somme de vingt un millions cinq cent mille francs CFA (21 500 000) à titre principal et trois millions(3 000 000) de francs CFA de dommages et intérêts ».

rappports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu' elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés »⁵².

La distinction de la faute de service et la faute personnelle a été marquée par la célèbre définition de Laferrière⁵³ : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, la faute est imputable au fonctionnaire et non à la fonction, et l'acte, perdant son caractère administratif, ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire »⁵⁴.

La section administrative de la Cour suprême du Mali a condamné pour faute de service le service des domaines à la réparation du préjudice résultant de la mauvaise garde assumée par lui des effets de Monsieur Keita non prescrits de leurs droits à la faveur du non-lieu et pour le montant de 25 807 Frs maliens conformément à la facture présentée par le demandeur⁵⁵.

Sont considérées comme fautes personnelles, les fautes commises en dehors de l'exercice de la fonction, les fautes absolument étrangères au service⁵⁶. Sont également les fautes personnelles, celles qui sont commises à l'occasion de l'accomplissement du service mais imprégnées de motifs personnels au fonctionnaire ou les fautes qui relèvent par leur gravité un comportement anormal, de celui que l'on est en droit d'attendre d'un agent public⁵⁷. Font aussi partie des fautes personnelles, des manquements volontaires et inexcusables à des

⁵² TC 8 février 1873, Blanco.

⁵³ Conclusions du Tribunal de conflit (France) 5 mai 1877, Laumonier-Carriol.

⁵⁴ C. DEBBASCH, *Droit administratif*, op. cit., p. 492.

⁵⁵ Arrêt n° 07 du 18-09-1978, Mamadou Keita.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ C. DEBBASCH, *Droit administratif*, op. cit., p. 493.

obligations d'ordre professionnel et déontologiques détachables des fonctions⁵⁸.

En revanche, il n'y a pas de faute personnelle même si les faits reprochés à l'agent sont graves, lorsqu'ils restent indissociables de l'activité du service⁵⁹. C'est le cas notamment des fautes commises par les médecins et chirurgiens dans leurs interventions. C'est le cas également des fautes commises par mauvaise organisation du service (erreur de coordination dans le roulement du personnel médical par exemple). C'est aussi le cas des fautes commises par mauvais fonctionnement du service (retard ou refus de prendre une décision administrative imposée par la loi, retard ou refus de régler une situation urgente...). Les litiges relatifs à la situation statutaire (l'avancement, le régime disciplinaire, avantages pécuniaires) des fonctionnaires de l'Etat au Mali relèvent en premier et dernier ressort de la section administrative de la Cour suprême⁶⁰.

Toutefois, les biens utilisés pour l'exécution des services publics à gestion publique sont des biens corporels ou incorporels. Parmi les biens corporels appartenant à une personne publique, une des catégories les plus importantes consiste dans les biens faisant partie du domaine public⁶¹. Selon le Conseil d'Etat français, le domaine public comprend « les biens appartenant à une personne publique, mis ou placés à la disposition du public usager, ou encore affectés à un service public pourvu qu'ils soient dans ce cas adoptés ou exclusivement aux besoins de ces services »⁶².

L'ordonnance malienne n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier, modifiée par l'ordonnance n° 02-008 du 12

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ TC 30 juillet, Pelletier.

⁶⁰ Art. 111 de la loi n° 2018-031-du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême. CS, section administrative, arrêt n° 25 du 7 mars 2002, Bandiougou Diawara : la Cour octroie le bénéfice de son avancement statutaire qui lui avait été refusé par une décision implicite du directeur national de la fonction publique.

⁶¹ J.M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, op. cit., p. 482.

⁶² CE, 19 octobre 1956, Société Le Béton.

février 2002 définit le domaine public comme « tous les biens immeubles et meubles déterminés comme tels par la loi ou ayant fait l'objet d'une procédure spéciale de classement »⁶³.

Les biens du domaine public sont soumis en principe à un régime juridique de droit public. Les litiges les concernant relèvent donc en principe de la compétence de la juridiction administrative. C'est ainsi que la juridiction administrative connaît des litiges concernant l'affectation, le classement, la désaffectation ou le déclassement des biens du domaine public⁶⁴. La compétence administrative s'étend encore aux litiges concernant les utilisations du domaine public, les utilisations collectives, les utilisations privatives, résultant des contrats comportant occupation du domaine public, de permis de stationnement. C'est pourquoi la section administrative de la Cour suprême a confirmé le jugement n° 489 du 11/12/2014 annulant l'autorisation provisoire n° 369/M-CV-DB relatif à l'occupation du domaine public en ces termes : « Considérant que la rue fait partie intégrante du domaine public immobilier artificiel, conformément à l'article 8 du Code domanial et foncier et affecté à l'usage du public comme disposé à l'article 5 du même Code domanial et foncier ; Que l'autorisation bien que légale ne doit pas entraver l'usage auquel la rue est destinée en la barrant et en la détournant de sa destination.... »⁶⁵.

Il appartient également au juge administratif d'appliquer les actions pénales en cas de contravention de grandes voiries⁶⁶. Il peut également condamner le contrevenant à une réparation civile ou ordonner l'expulsion de celui qui occupe sans titre le domaine

⁶³ Art. 2. a) de l'ordonnance n° 02-008 du 12 février 2002 portant Code domanial et foncier au Mali.

⁶⁴ J.M. AUBY & R. DRAGO, *op. cit.*, p. 483.

⁶⁵ Arrêt n° 281 du 3 déc. 2015.

⁶⁶ Autrefois au Mali ce contentieux relevait du juge judiciaire ; mais actuellement, il appartient au juge administratif de reconnaître le contentieux de grande voirie (article 7, 12^{ème} tiret de la loi n° 2018-031 sur les Tribunaux administratifs).

public⁶⁷. De même, les litiges concernant les travaux publics relèvent en principe de la juridiction administrative.

2. *Le critère matériel*

L'augmentation de la quantité et de la qualité des interventions administratives a entraîné l'Etat dans de nouvelles techniques d'actions⁶⁸. De plus en plus l'Etat associe des personnes privées à la gestion des services publics. Dans de tels cas, le juge administratif ne peut être compétent en application du critère organique⁶⁹. Certaines activités du service public administratif ou non ont donc été confiées à des personnes privées. Cela entraîne la compétence du juge administratif dans certains cas seulement.

Traditionnellement la notion de service public s'entendait d'une notion accomplie par l'administration plus précisément par une personne publique (Etat, collectivité publique, établissement public). Depuis l'arrêt Caisse primaire du 13 mai 1938, un organisme privé peut gérer un service public. Dans la jurisprudence Caisse Primaire du 13 mai 1938, le commissaire du gouvernement Latournerie a dégagé trois éléments permettant de mieux cerner les organismes privés gérant du service public : la mission d'intérêt général confiée à l'organisme ; les prérogatives de puissance publique qui lui sont attribuées à cette fin ; le contrôle que l'administration exerce sur lui.

Ainsi, ont encore été reconnus comme organismes privés chargés d'une mission de service public par le Conseil d'Etat français, les services suivants : des comités d'organisation professionnels⁷⁰ ; des syndicats professionnels⁷¹ ; des fondations privées⁷² ; des groupements interprofessionnels laitiers⁷³ ; des organismes professionnels ou

⁶⁷ J.M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, p. 485.

⁶⁸ C. DEBBASCH, *Droit administratif, op. cit.*, p. 574.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ CE, 31 juillet 1942, Monpeurt.

⁷¹ CE, 2 avril 1943, Bougen.

⁷² CE, 27 février 1947, Mollet.

⁷³ CE, 4 février 1949, ferry du Coudray.

économiques⁷⁴ ; des organismes sociaux⁷⁵ ; des organismes sportifs chargés d'organiser des compétitions nationales ou régionales⁷⁶ .

La nature administrative des actes des personnes morales de droits privés résulte selon l'arrêt Monpeurt⁷⁷, de ce qu'ils sont pris « dans la sphère des attributions des personnes morales de droit privé, chargés de participer à l'exécution du service public. Le critère du service public est donc à lui seul déterminant pour reconnaître un acte administratif, que l'acte soit individuel ou réglementaire »⁷⁸. En admettant que les actes d'organismes privés sont des actes administratifs, le Conseil d'Etat a permis de les attaquer devant la juridiction administrative pour excès de pouvoir⁷⁹. La légalité de ces actes peut être également mise en cause devant le juge administratif à l'occasion d'action en responsabilité.

En effet, la reconnaissance du caractère d'organisme privé chargé d'une mission de service public entraîne un régime comportant dans une certaine mesure l'application du droit public, et, en cas de litige, la compétence du juge administratif⁸⁰. Toutefois le droit administratif ne s'applique pas entièrement à eux, la juridiction administrative n'a pas toujours compétence à leur égard : l'un et l'autre n'interviennent que dans la mesure où le service public qu'elles assurent et les prérogatives de puissance publique qu'elles exercent sont en causes. Leurs actes unilatéraux ne sont administratifs et ne peuvent être appréciés par le juge administratif que s'ils sont pris en vertu de ces prérogatives dans l'accomplissement du service public⁸¹. La responsabilité extracontractuelle ne relève du droit administratif et n'est appréciée par la juridiction administrative que si elle est engagée

⁷⁴ CE, 6 octobre 1961, fédération nationale des huileries métropolitaines.

⁷⁵ TC, 22 avril 1974, directeur régional de sécurité sociale d'Orléans.

⁷⁶ CE, 22 novembre 1974, fédération des industries françaises d'articles de sport.

⁷⁷ CE, 31 juillet 1942, Monpeur.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ CE, 13 mai 1938, Caisse Primaire « Aide et Protection ».

⁸¹ TC, 15 janvier 1968, Compagnie Air France c. Epoux Barbier.

par l'exercice de leurs prérogatives de puissances publiques⁸². En l'absence de l'utilisation de ces pouvoirs, elle relève du droit privé et de la compétence judiciaire, alors même que l'activité en cause se rapporte au service public dont elles sont chargées. Les contrats avec d'autres personnes privées ne sont pas administratifs, faute de comporter parmi les cocontractants une personne publique, dont la présence est en principe nécessaire à la qualification de contrat administratif⁸³.

Plus généralement tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de ces institutions reste placé sous l'empire du droit privé. Leur personnel, même si, comme le souligne l'arrêt caisse primaire du 13 mai 1938, il doit respecter certaines règles de droit public, reste composé d'agents de droit privé : les litiges le concernant continuent à relever du juge judiciaire. Dans ses conclusions sur l'arrêt Monpeurt, le commissaire du gouvernement Ségalat avait affirmé : « ... le fonctionnement interne du comité, ses rapports avec le personnel, les actes de la vie civile qu'il accomplit... relèvent du droit privé et rentrent, par la suite, dans la compétence des tribunaux judiciaires ».

B. Les limites au principe de la compétence du juge administratif.

Le principe selon lequel le juge administratif est le juge de droit commun de l'administration connaît des extensions (1) mais aussi des restrictions (2).

1. Les extensions au principe de la compétence du juge administratif

Le juge administratif est compétent pour connaître certains litiges relatifs aux activités du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire.

D'une part, la juridiction administrative est compétente pour contrôler les litiges relatifs aux actes législatifs et aux actes parlementaires. La validité de la loi donne lieu sous différentes formes

⁸² *Idem.*

⁸³ TC, 8 juillet 1963, Entreprise Peyrot.

à un contrôle de la Cour constitutionnelle⁸⁴. Ainsi, les lois ne peuvent être l'objet, devant aucune juridiction, de contestations tendant à infirmer leur autorité. Si le juge administratif est incompétent pour tout ce qui concerne la validité des lois, il est en revanche compétent pour interpréter la loi, il est aussi compétent pour trancher les litiges relatifs aux dommages causés par la loi.

Le juge administratif est compétent (comme le juge judiciaire) pour interpréter les dispositions d'une loi, pour s'assurer de son existence et pour vérifier son applicabilité en cherchant si les conditions qui commandent son entrée en vigueur sont remplies⁸⁵. Les litiges concernant les dommages causés par la loi « La loi est un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation. Les juridictions ne peuvent l'allouer à sa place »⁸⁶.

L'irresponsabilité de l'Etat législateur a été abandonnée par la jurisprudence française du 14 janvier 1938. Dans cet arrêt, le commissaire du gouvernement Laroque dégageait « que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble de circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité »⁸⁷. Mais, la responsabilité de l'Etat législateur n'est admise que si le texte même

⁸⁴ En plus, la Cour constitutionnelle statue sur les conflits entre les institutions de l'Etat, elle est juge des élections présidentielles et législatives et les opérations de referendum dont elle proclame des résultats, elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques (art. 86 et s. de la Constitution malienne du 25 février 1992).

⁸⁵ M. de VILLIERS & T. de BERRANGER, *Droit Public Général*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2009, p. 1188.

⁸⁶ Cité dans la jurisprudence de Conseil d'Etat de 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette ».

⁸⁷ CE, Ass.14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette ».

de la loi et ses travaux préparatoires ne permettent pas de penser que le législateur a entendu exclure toute indemnisation. La réparation est refusée lorsque la loi a cherché à réprimer les activités frauduleuses ou répréhensibles⁸⁸.

Les litiges relatifs aux actes parlementaires, bien entendu, les actes juridiques autres que la loi émanant d'organes parlementaires, longtemps considérés comme actes de souveraineté et par conséquent insusceptibles d'aucun recours, les actes parlementaires sont aujourd'hui susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat français a reconnu cette compétence en ces termes : « Considérant que les marchés conclus par les assemblées parlementaires en vue de la réalisation des travaux publics ont le caractère de contrats administratifs,... il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'Etat à leur passation »⁸⁹.

Avant cette jurisprudence, l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires française comporte dans son article 8, deux sortes de dispositions. D'une part, en matière de responsabilité, elle reconnaît « L'Etat... responsable des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires », « les actions en responsabilités » devant être « portées devant les juridictions compétentes pour en connaître ». La solution vaut autant pour la responsabilité contractuelle que pour la responsabilité extracontractuelle. Selon le cas, la compétence est administrative (dommages des travaux publics exécution d'un marché de travaux publics par exemple), ou judiciaire (accident de véhicule, exécution d'un contrat de droit privé). D'autre part, pour les agents titulaires des assemblées, l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoit l'adoption d'un statut. Il ajoute : « la juridiction administrative est appelée à connaître de tous les litiges d'ordre individuel concernant ces agents ».

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ CE, Ass.5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale.

D'autre part, en tant que service public administratif, la justice judiciaire devrait relever de la compétence du juge administratif, mais le principe de la séparation des deux ordres de juridiction conduit à exclure la compétence du juge administratif⁹⁰. Cependant, la compétence du juge administratif a été admise en France par le Conseil d'Etat⁹¹ dans certains cas. Plus précisément, tout ce qui concerne l'organisation du service de la justice, en revanche les litiges relatifs à son fonctionnement sont de la compétence du juge judiciaire.

Selon l'arrêt Préfet de la Guyane du 27 novembre 1952, relèvent de la juridiction administrative les litiges concernant la création des Tribunaux administratifs, leur répartition sur le territoire, leur organisation générale, la nomination des magistrats et tout ce qui concerne l'organisation de leur carrière, leur rémunération, leur avancement, et sauf le cas d'une mesure disciplinaire intéressant les magistrats du siège, leur cessation de fonction, toutes ces questions ne sont point l'exercice même de la fonction judiciaire. Elles constituent les éléments d'une organisation du service public de la justice dont les pouvoirs publics ont la responsabilité et dont le Conseil d'Etat a le contrôle juridictionnel.

Au Mali, le juge administratif s'est déclaré compétent pour statuer sur la légalité d'un décret révoquant un magistrat⁹². Dans un autre arrêt, il reconnaît être compétent pour statuer sur les conditions d'organisation de concours de recrutement des auditeurs de justice⁹³. Dès lors qu'on quitte le domaine de la création des juridictions et des questions se rapportant à la carrière des magistrats, le juge administratif est incompétent pour statuer sur les litiges relatifs au fonctionnement de la justice.

Ainsi, tous les litiges qui se rattachent à l'activité juridictionnelle des tribunaux judiciaires échappent à la compétence des juridictions administratives. L'incompétence du juge administratif concerne les

⁹⁰ J.-C. RICCI, *Contentieux Administratif*, Paris, Hachette, 2007, p. 120.

⁹¹ TC 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane.

⁹² CS section administrative 5 janvier 1989, Manassa Danioko.

⁹³ CS section administrative 3 janvier 2002, Makamba Kanoute et autres.

actes juridictionnels édictés par les magistrats judiciaires⁹⁴. Ceux-ci ne peuvent être remis en cause que par des voies de recours organisées au sein de l'ordre judiciaire. C'est le cas de l'ordonnance d'un président de tribunal désignant le magistrat d'un président de tribunal chargé d'assurer les fonctions de direction et d'administration de ce tribunal⁹⁵. Cette incompétence du juge administratif s'étend également à tous les actes de procédures qui, sans être détachable de l'acte juridictionnel, s'en distinguent néanmoins : délivrance d'un mandat de dépôt par un magistrat de l'ordre judiciaire⁹⁶.

Les actes préparatoires aux décisions judiciaires ne peuvent aussi être contrôlés par le juge administratif. Ainsi la mise en mouvement de l'action publique ne peut être contrôlée par le juge administratif. Les actes de police judiciaire échappent au juge administratif. La police judiciaire est chargée de contrôler les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte⁹⁷ alors que les actes de police administrative visent à éviter que l'ordre ne soit troublé dans la société et relèvent à cet effet du juge administratif.

Les actes d'exécution des décisions juridictionnelles ne peuvent être soumis au juge administratif, tel est le cas des décisions du président de la République en matière de grâce, de l'exécution d'un individu condamné en matière de justice⁹⁸. En revanche, les litiges relatifs au problème du concours de la force publique pour l'exécution d'un jugement relèvent du juge administratif⁹⁹.

Cette conception restrictive de la compétence du juge administratif s'explique par la volonté de la juridiction administrative de sauvegarder étroitement l'indépendance du service judiciaire, d'éviter aussi de « choquer » la susceptibilité des magistrats judiciaires et d'entrée en conflit avec eux en contrôlant leurs actes. Il

⁹⁴ C. DEBBASCH, *Droit Administratif, op. cit.*, p. 580.

⁹⁵ CE 30 juin 2003, Favot.

⁹⁶ CE, Sect. 24 mars 1950, Bizière.

⁹⁷ M. de VILLIERS & T. de BERRANGER, *Droit Public Général, op. cit.*, p. 516.

⁹⁸ C. DEBBASCH, *Droit Administratif, op. cit.* p.582.

⁹⁹ CE 30 novembre 1923, Couitéas.

existe des activités de l'administration qui ne relèvent ni du juge administratif encore moins du juge judiciaire. Raison pour laquelle dans un arrêt de la section administrative de la Cour suprême, le juge administratif malien s'est déclaré incompétent pour régulariser la situation des étudiants exclus en ces termes : « ... Que si le juge administratif apprécie la légalité des actes administratifs en général, aucune disposition légale ou réglementaire ne confère compétence à la section administrative de régulariser la situation des étudiants... »¹⁰⁰.

2. *Les restrictions du principe*

Il existe une catégorie d'actes qui échappe à tout contrôle de légalité. Ce sont les actes que la doctrine qualifie d'actes de gouvernement et le CE français les qualifie « actes échappant à tout contrôle des tribunaux ». Le juge administratif refuse de connaître aussi certains actes de l'administration qualifiés de mesures d'ordres intérieurs. La théorie des actes de gouvernement a connu une évolution : à une vision large de la notion s'est substituée une conception restrictive. La conception large ou classique fait du mobile politique le critère de l'acte de gouvernement, mais cette conception sera rejetée par la décision Prince Napoléon¹⁰¹. La liste des actes de gouvernement ne comprend plus, aujourd'hui que deux séries de mesures : les actes touchant aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels, ainsi que les actes intervenus dans le cadre de la politique internationale avec les puissances étrangères ou les organismes internationaux¹⁰².

Sont considérés comme des actes de gouvernement en tant qu'ils concernent les relations de l'exécutif avec le pouvoir législatif, l'acte de dissolution du parlement, l'initiative des lois, la décision de recourir à l'article 50 de la Constitution malienne du 25 février 1992 (pouvoir de crise), la décision de recourir à l'article 118 de la même Constitution (révision constitutionnelle), la décision de recourir au référendum, le refus de présenter au Parlement un projet de lois, la

¹⁰⁰ Arrêt n°160 du 24 mars 2016 le collectif des étudiants exclus de la FSJP.

¹⁰¹ CE 19 février 1875, Prince Napoléon.

¹⁰² *Idem*.

décision de le déposer ou de le retirer, la nomination d'un membre de la Cour constitutionnelle, le refus de déférer à la Cour constitutionnelle une loi votée et non encore promulguée...

Constituent également des actes de gouvernement en tant qu'ils ne sont pas détachables des relations internationales et qu'ils concernent les rapports de l'Etat à l'Etat, la ratification ou l'approbation d'un accord international, l'exercice de droit de protection diplomatique des ressortissants nationaux...

Le nombre des décisions considérés comme actes de gouvernement tend cependant à se réduire, ainsi qu'en témoigne la décision du Conseil d'Etat du 15 octobre 1993, Royaume Uni et gouverneur de la colonie de Hong-Kong, considérant que « la décision rejetant une demande d'extradition est détachable de la conduite des relations diplomatiques... et que par la suite la juridiction administrative est compétente pour connaître la requête ».

Les mesures d'ordre intérieur sont les mesures mineures touchant à la vie intérieure d'un service. Le juge administratif ne les considère point comme des décisions exécutoires car elles sont supposées ne pas faire grief¹⁰³. Le recours pour excès de pouvoir est dès lors irrecevable. Dans un arrêt, la section administrative de la Cour suprême a constaté que le message est tout simplement une lettre d'information et non un acte décisoire¹⁰⁴. Mais la mesure fait grief si elle porte atteinte au statut juridique des intéressés. En pratique, ces mesures peuvent causer des torts aux usagers.

Constitue une mesure d'ordre intérieur ne faisant pas grief, dans le cadre de l'enseignement, la décision d'affectation dans un groupe de travaux dirigés, ou encore dans telle ou telle classe en fonction de l'option choisie¹⁰⁵. En revanche le refus d'autoriser un changement d'option constitue une décision susceptible de recours¹⁰⁶. Constitue également une mesure d'ordre intérieur dans le cadre de l'armée, la

¹⁰³ A. MAURIN, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 3^{ème} éd., 2009, p. 52.

¹⁰⁴ Arrêt n° 266 du 09-10-2014, Habibou Sissoko.

¹⁰⁵ CE, 11 janvier 1967, *Rec.*, p. 88.

¹⁰⁶ *Idem*.

décision d'hospitalisation d'un soldat¹⁰⁷. De même, dans le cadre des établissements pénitentiaires : la décision du directeur de refuser d'amener un courrier d'un détenu¹⁰⁸.

La qualification de mesures d'ordre intérieur ne s'applique pas, en revanche, pour les mesures suivantes, qui sont donc dorénavant susceptibles de recours devant le juge administratif, à même de vérifier le respect par l'administration du principe de légalité : les restrictions apportées aux libertés religieuses dans un établissement d'enseignement¹⁰⁹ ; le refus de respecter le secret de la correspondance d'un détenu avec son avocat¹¹⁰ ; l'interdiction aux détenus de faire certains achats alimentaires ; une décision fixant les conditions dans lesquelles les détenus peuvent acheter du matériel informatique ; les « punitions disciplinaires et, d'une façon générale, toutes les décisions prises à l'égard des agents publics ayant des effets sur leur rémunération, leurs attributions, leurs statut ou leurs prérogatives »¹¹¹.

II. La compétence exceptionnelle du juge judiciaire en matière administrative

La compétence du juge judiciaire en matière de contentieux administratif est une exception au principe de la séparation des pouvoirs établi par la loi des 16-24 août 1790. Cette compétence provient principalement à partir du XIX^{ème} de la mutation du rôle de l'Etat¹¹² et de l'encombrement par le nombre élevé de litiges dans lesquels l'administration se trouvait impliquée. Nous parlerons dans cette seconde partie du contentieux des matières réservées au juge judiciaire par la tradition (*A*) et les attributions jurisprudentielles au profit du juge judiciaire (*B*).

¹⁰⁷ CE, 5 octobre 1955, Baillard.

¹⁰⁸ CE 8 décembre 2000, Frérot.

¹⁰⁹ CE, 2 nov 1992 Kherroua.

¹¹⁰ CE, 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines.

¹¹¹ L. MARTINE et J. DUMONT, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 2005, p. 69.

¹¹² Cela s'explique par l'intervention de l'Etat dans les affaires économiques et sociales.

A. Les matières réservées au juge judiciaire par la tradition

L'autorité judiciaire est traditionnellement gardienne des libertés individuelles (1), mais aussi d'autres contentieux sont reconnus au juge judiciaire par le législateur (2).

1. Le juge judiciaire est le gardien des libertés individuelles

La Constitution malienne du 25 février 1992 dispose que «... le pouvoir judiciaire est le gardien des libertés définies par la présente Constitution... »¹¹³. Le juge judiciaire est ainsi compétent pour tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, de la liberté individuelle et le droit de propriété. La plupart des litiges relatifs à l'état civil et à la capacité des personnes relèvent de la compétence du juge judiciaire, qui a, en la matière, plénitude de juridiction¹¹⁴. Il s'agit des contestations relatives à la validité et à la vérification des actes de naissance, de mariage, de décès, de filiation, de domicile, de capacité, de nom, de la nationalité.

Au Mali, selon la loi n° 88-39 du 8 février 1988, les Tribunaux de première instance et les Justices de paix à compétence étendue connaissent en premier ressort des questions relatives à l'état des personnes. Le contentieux de la nationalité des personnes est fixé par le Code de la nationalité malienne en ces termes : « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des contestations qu'elles se produisent isolément ou à l'occasion d'un recours contre un acte administratif »¹¹⁵. Le juge administratif ne retrouve sa compétence que dans des cas rares (changement de nom des communes, des départements et des régions, des noms et prénoms consécutive à une naturalisation, opposition à un changement de nom, naturalisation et refus de naturalisation...)¹¹⁶.

¹¹³ Art. 81 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

¹¹⁴ J.-C. RICCI, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 122.

¹¹⁵ Art. 56 de la loi n° 62-018 du 03 février 1962 portant Code de nationalité au Mali.

¹¹⁶ J.-C. RICCI, op. cit., p.122.

En matière de liberté individuelle et le droit de propriété, la Constitution malienne fonde la compétence du juge judiciaire en ces matières : « le pouvoir judiciaire veille au respect des droits et libertés définis par la présente Constitution... »¹¹⁷. Deux grandes théories sont issues donc de cette conception : il s'agit de l'emprise et de la voie de fait.

L'emprise est réalisée lorsque que l'administration prend possession d'une propriété privée immobilière. En d'autres termes, c'est lorsque l'administration dépossède un particulier d'un bien immobilier, légalement ou illégalement, à titre temporaire ou définitif à son profit ou au profit d'un tiers ; ce qui signifie que l'emprise peut être irrégulière comme elle peut être régulière. Lorsque l'emprise est régulière, ce sont les juridictions administratives qui sont compétentes¹¹⁸. En revanche, lorsqu'elle est irrégulière c'est la compétence du juge judiciaire qui s'impose, précisément le juge de l'expropriation ; car on considère que l'administration agit indépendamment de la loi. Il faut donc l'intervention du juge pour faire cesser cette attitude irrégulière d'où un point de concurrence avec la théorie de la voie de fait que nous allons voir plus tard. La compétence du juge judiciaire se limite à la fixation de l'indemnité due et le juge ne peut adresser des injonctions à l'administration, ce qu'il n'hésite pas à faire en cas de voie de fait.

Au Mali, nos recherches nous ont permis à signaler que l'état actuel de la jurisprudence judiciaire ne consacre pas cette construction doctrinale. Tous les hommes de droit, magistrats et avocats, que nous avons eu le privilège de consulter sur la question ont expliqué cet état de la jurisprudence en invoquant la rigueur de la séparation des contentieux. La voie de fait se définit comme une situation dans laquelle se trouve l'administration, lorsque dans l'accomplissement d'une activité matérielle d'exécution, elle commet une irrégularité grossière portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique, et que le juge de référés doit intervenir pour faire cesser dans l'urgence afin de sauvegarder ce droit ou cette liberté publique.

¹¹⁷ Art. 81 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

¹¹⁸ CE, 15 février 1961, Werquin.

A travers cette définition, nous constatons que la voie de fait comprend trois éléments distincts : exécution matérielle d'une activité, irrégularité grossière de l'opération administrative et atteinte au droit de propriété ou à la liberté publique. A titre d'illustration, le juge judiciaire¹¹⁹ a condamné la mairie de la commune VI du district de Bamako suite à une opération de démolition qu'il a qualifié de voie de fait, à payer des dommages et intérêts aux requérants¹²⁰.

Pour qu'il y ait donc voie de fait, il faut que l'administration procède à une exécution matérielle pour modifier l'ordonnement juridique. De ce fait, une décision administrative qui n'est pas suivie d'une exécution ne peut être constituée comme voie de fait. La jurisprudence française admet toutefois qu'une menace¹²¹ précise d'exécution peut constituer une voie de fait, même si elle n'est pas suivie d'exécution.

La voie de fait peut donc résulter de l'irrégularité soit de la décision elle-même soit de l'irrégularité de l'exécution de la décision. L'arrêt « Action française » fournit un exemple remarquable de cette catégorie. En effet, dans cette affaire, la saisie du journal « Action française » opérée par le préfet de police de Paris, chez tous les dépositaires de ce périodique à Paris, a été considérée comme une voie de fait à la fois par ce que la décision de saisie était elle-même, par son caractère exagéré, insusceptible de se rattacher au pouvoir de police de l'administration et parce que la saisie par voie d'action d'office n'était pas, en l'espèce, justifiée par l'urgence¹²². La voie de fait est constituée par une irrégularité flagrante. Lorsqu'il en est ainsi, la voie de fait a pour conséquence de dénaturer l'acte administratif. Pour définir ce degré d'irrégularité, la jurisprudence a d'abord adopté l'expression de « mesure manifestement insusceptible de se rattacher à

¹¹⁹ Cour d'appel de Bamako, arrêt n° 424 du 30 juin 2010.

¹²⁰ Un montant de 114 000 000. FCFA à titre principal et 10 000 000 FCFA de dommages et intérêts à Monsieur Boubacar Berthe ; un montant de 203 250 000 FCFA à titre principal et 10 000 000 FCFA de dommages et intérêts à Monsieur Ibrahima Cissé ; un montant de 204 000 000 FCFA à titre principal et 15 000 000 de dommages et intérêts à Monsieur Balla Magassa.

¹²¹ TC, 18 décembre 1947, Hilaire.

¹²² *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^{ème} éd., 2005, p. 305.

l'application d'un texte législatif ou réglementaire et ne constituant ainsi de toute évidence, qu'une simple voie de fait »¹²³ ; puis récemment « mesure manifestement insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration »¹²⁴.

Par rapport à ces derniers éléments, la jurisprudence en France en a apporté récemment plus de précision. En effet, la question posée était la suivante : l'Etat s'était-il rendu l'auteur d'une voie de fait, autrement dit, avait-il pris une décision portant atteinte à la liberté individuelle et manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant ? En réponse à cette problématique, la Cour de cassation¹²⁵ en assemblée plénière, a jugé en disant « d'une part, que le droit à la vie n'étant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'Etat, de ne pas déférer à la demande de mesure provisoire formulée par le Comité des Droits des Personnes Handicapées (CDPH) ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues le 24 avril 2019 par le juge des référés du Conseil d'Etat et le 30 avril 2019 par la Cour européenne des droits de l'homme, une telle décision n'était pas manifestement d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant, de sorte que les conditions de la voie de fait n'étaient pas réunies ». La Cour a donc cassé, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'appel, dit n'y avait pas lieu à renvoi devant une autre Cour d'appel et déclaré la juridiction judiciaire incompétente. Ainsi, elle consiste soit en ce que la décision juridique n'a pas été prise effectivement ou a été annulée par le juge administratif, l'opération matérielle ne se rattachant alors à aucun antécédent juridique¹²⁶, soit en ce que la décision juridique sur laquelle se fonde la mesure d'exécution était entachée d'irrégularité grossière. La voie de fait peut, aussi résulter d'une irrégularité flagrante de la mesure d'exécution elle-même. C'est le cas lorsque l'administration emploie une procédure d'exécution qui était

¹²³ TC, 14 juin 1940, Schneider.

¹²⁴ CE, 18 novembre 1949, Carlier.

¹²⁵ Arrêt n° 647 du 28 juin 2019.

¹²⁶ CE, 17 mars 1948, Epoux Léonard.

interdite. L'exemple type est celui de l'emploi par l'administration de l'exécution d'office dans toutes les hypothèses ou elle ne dispose pas cette voie pour réaliser ses décisions¹²⁷.

La voie de fait est également constituée lorsque l'action administrative porte atteinte au droit de propriété ou une liberté publique. Une atteinte au droit ou à une liberté c'est lorsque l'administration dans la modification de l'ordonnement juridique empiète grossièrement sur le droit de propriété ou sur la liberté publique d'un particulier. Ainsi, l'administration ne doit pas intervenir pour limiter un droit quelconque ou une des libertés quelconque d'un particulier. Seules les dispositions législatives peuvent limiter ces domaines.

L'atteinte à une liberté ou à un droit ne suffit pas pour la mise en œuvre de la voie de fait, mais il faut que l'atteinte soit particulièrement grave. En effet l'atteinte peut être, bien sûr, dans l'aspect matériel de l'exécution de la décision mais la gravité tient surtout au fait que l'auteur de la décision a totalement ignoré les limites de son pouvoir et s'est en quelque sorte conduite comme une force qui ne se contrôle plus au regard des textes qui définissent ses compétences : ce n'est plus l'administration qui agit, c'est, à la limite une force qui s'est échappée de l'Etat de droit.

Lorsque sont réunis tous les éléments constitutifs de la voie de fait, la juridiction judiciaire devient compétente pour constater, faire cesser ou réparer les conséquences dommageables de la voie de fait. Le juge judiciaire est ainsi compétent pour constater lui-même l'existence de la voie de fait, par conséquent apprécier lui-même l'irrégularité de l'acte administratif. Il n'y a pas, comme en matière d'emprise, renvoyer cette appréciation au juge administratif à titre de question préjudicielle. Le juge judiciaire peut apprécier lui-même l'irrégularité et surtout il est compétent pour cesser la voie de fait et condamner l'administration à des réparations pécuniaires. Mais le juge judiciaire n'a pas, en la matière, compétence exclusive : lorsque la voie de fait résulte du caractère gravement irrégulier de la décision exécutée, la constatation de cette irrégularité peut être faite

¹²⁷ TC, 8 avril 1935, Action française.

indifféremment par le juge judiciaire ou par le juge administratif saisi par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'irrégularité en question faisant de la décision un acte nul et non avenue.

Le juge judiciaire peut donc non seulement condamner l'administration à des indemnités, mais aussi, contrairement au principe général, lui adresser des injonctions en vue de faire cesser la voie de fait par des restitutions, destructions, expulsions¹²⁸. Ainsi, le Tribunal des conflits en France reconnaît même au juge judiciaire le pouvoir de prononcer des condamnations à des astreintes contrairement encore au principe selon lequel le procédé de l'astreinte ne peut être employé contre l'administration¹²⁹.

En ce qui concerne l'appréciation de la réparation pécuniaire, la compétence judiciaire englobe l'ensemble des dommages directs et indirects résultant de la voie de fait¹³⁰. En définitive, l'administration, dans certaines hypothèses, se trouve en quelque sorte déchu des règles de protection juridictionnelle du droit administratif ; elle est soumise au contrôle du juge judiciaire dans les mêmes conditions qu'un simple particulier.

Concernant le Mali, selon les juristes que nous avons consultés, l'assimilation est faite entre la voie de fait et la faute personnelle. Selon ces hommes de droit, en présence d'une voie de fait, le juge judiciaire devra faire application des dispositions pénales relatives aux atteintes à la liberté. Ainsi, l'article 65 du code pénal malien prévoit que « Lorsqu'un fonctionnaire public aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle..., il sera privé de ses droits civiques »¹³¹.

2. La compétence judiciaire par détermination légale

Une fois encore de plus, le législateur malien a adhéré à la préférence de son homologue français. Les attributions législatives de compétence sont nombreuses dans le domaine de la responsabilité

¹²⁸ TC, 4 juin 1940, Schneider.

¹²⁹ TC, 17 juin 1948, Manufactures des velours.

¹³⁰ Cour d'appel de Bamako, arrêt n° 424 du 30 juin 2010.

¹³¹ Loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal au Mali.

extracontractuelle, mais elles existent aussi dans d'autres secteurs. Font partie du domaine de la responsabilité extracontractuelle, les accidents scolaires, les dommages causés par les véhicules de l'administration, et le contentieux de la responsabilité des collectivités territoriales. Le contentieux des accidents causés par les élèves des cycles fondamental et secondaire incombe aux enseignants. Mais la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle de ces derniers par deux articles de la loi n° 87-31 du 20 août 1987 portant régime général des obligations au Mali¹³². En ce qui concerne le contentieux des accidents causés par les véhicules de l'administration, la responsabilité qui peut incomber à l'Etat par ces agents ne pouvait s'apprécier par les règles du Code civil disait le commissaire du gouvernement David dans l'arrêt Blanco¹³³.

Mais la similarité des conditions dans lesquelles se produisent les accidents de la circulation, qu'ils soient causés par les véhicules privés, ou administratifs a conduit le législateur en France à unifier ce contentieux et à prévoir la compétence de la juridiction judiciaire pour la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque. La loi du 31 décembre 1957, qui édicte cette règle, ajoute que l'action est jugée conformément aux règles de droit civil et que la responsabilité de l'administration est substituée automatiquement à celle de son agent. Selon cette règle, les tribunaux judiciaires connaissent tous les litiges survenant à l'occasion d'accidents de la circulation même lorsqu'ils mettent en cause des véhicules

¹³² L'article 147 de cette loi précise que : « les enseignants des cycles fondamental et secondaire sont responsables des dommages causés par leurs élèves pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance... Toutefois, les fautes, imprudences ou négligence invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable doivent être prouvées conformément au droit commun par le demandeur en instance ». Mais l'article 148 dispose que : « la responsabilité de l'Etat est substitué à celle des membres de l'enseignement public. // L'action de la victime est portée devant le tribunal civil, elle est prescrite par trois ans à compter du jour ou le fait dommageable a été commis. // L'action récursoire est exercée par l'Etat soit contre l'agent soit contre les tiers conformément au droit commun ».

¹³³ TC, 8 février 1873, Blanco.

appartenant à l'administration. Ce principe a été consacré au Mali par la circulaire (n° 9/M .FC) du 29 avril 1976 du ministre de l'Industrie et du Commerce en ces termes : « ... devant la prolifération des accidents causés par les véhicules administratifs et les charges qu'en incombent à l'État..., bien que la responsabilité soit entière dans ces accidents, l'État se réserve le droit de se retourner contre les agents pénalement responsables pour le remboursement des sommes payés pour couvrir les préjudices... ». Donc, les accidents causés par tout véhicule sont réparés devant le juge judiciaire.

Parmi les autres titres de compétence judiciaire repris par le législateur figure le contentieux de la responsabilité des collectivités locales. S'inspirant de la loi municipale française du 5 avril 1884, le législateur malien a reconnu que : « La collectivité est civilement responsable à titre principal des crimes et délits à force ouverte ou par la violence collective sur son territoire par des attroupements ou rassemblements armés ou non, soit envers les personnes, soit contre les biens publics ou privés. En cas de troubles graves ou lorsque les circonstances l'exigent, l'État peut se substituer à une ou plusieurs collectivités en vue d'assurer le maintien de l'ordre et de la tranquillité publique dans le strict respect de la loi »¹³⁴. Selon l'article 14, cette responsabilité relève des règles de droit privé dans les cas suivants : les contrats ou quasi-contrat conclus dans les formes et conditions de droit privé, les litiges concernant son domaine privé, l'emprise sur la propriété immobilière, l'atteinte aux libertés individuelles et dans les cas particulières prévus par les lois et les règlements¹³⁵. Aussi le Tribunal civil est chargé de fixer le montant de la réparation.

Dans d'autres domaines, le contentieux fiscal est une autre matière relevant des compétences judiciaire et administrative. Ce contentieux se répartit normalement entre trois sortes de juridictions : la juridiction administrative en ce qui concerne les impôts directs et les taxes ; la juridiction judiciaire en ce qui concerne les contributions

¹³⁴ Loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017 portant Code des collectivités territoriales.

¹³⁵ Loi n° 2017-051, *op. cit.*

indirectes, les droits d'enregistrement, les droits de timbres et de douanes ; et la juridiction répressive pour les infractions et les sanctions pénales en matière fiscale dans son ensemble.

La juridiction judiciaire constitue une dérogation au principe selon lequel le contentieux des impôts appartient à la juridiction administrative pour la simple raison que les litiges fiscaux soulèvent normalement des questions de droit public. C'est pourquoi, dans un arrêt, la section administrative de la Cour suprême a annulé pour excès de pouvoir la lettre n° 084/MLAFU-DNCD du directeur national des domaines et du cadastre ordonna la non application des dispositions de l'article 127 du Code général des impôts relatifs aux abattements¹³⁶. Dans un autre arrêt, le juge administratif a annulé pour excès de pouvoir la décision de notification de fermeture pour non-paiement d'impôt, infligée à la Société PME Assistance Mali-SA.¹³⁷

Quant au juge répressif, il tire sa compétence de plusieurs dispositions du Code pénal, notamment l'article 170 qui dispose que : « Le refus individuel de paiement des impositions, contributions et taxes assimilés... sera puni de 15 jours à mois d'emprisonnement et d'une amende de 20 000 à 120 000 francs¹³⁸ ». En outre, en matière fiscale, le législateur a largement reconnu la nécessité de l'intervention à titre exceptionnel du juge judiciaire dans le règlement des litiges dans lesquels l'administration se trouve impliquée.

En matière de contentieux des douanes, le législateur a opté pour la compétence judiciaire. La compétence d'attribution des tribunaux est définie par les articles 208 et 209 du Code des douanes en ces termes : « Les tribunaux de première instance ou justice de paix à compétence étendue sont seuls compétents pour connaître les infractions douanières et tout ce qui s'y rapproche »¹³⁹. Les Tribunaux correctionnels connaissent tous les délits douaniers. Une compétence générale est accordée aux Tribunaux de première instance ou Justice

¹³⁶ Arrêt n° 384 du 06/12/ 2013, Chambre des notaires du Mali.

¹³⁷ Arrêt n° 71 du 18 février 2016.

¹³⁸ Loi n° 01-079/AN-RM du 20 août 2001 portant Code pénal au Mali.

¹³⁹ Loi n° 01-075/ AN-RM du 18 juillet 2001 portant Code des douanes en République du Mali.

de paix à compétence étendue¹⁴⁰. Ils sont également compétents pour prononcer les condamnations fiscales lorsque l'administration des douanes renonce à l'exercice des poursuites correctionnelles¹⁴¹.

B. Les attributions jurisprudentielles de compétence au profit du juge judiciaire

Nous parlerons ici, du contentieux des services publics industriels et commerciaux (1) et celui des questions accessoires (2).

1. Le contentieux des services publics à gestion privée

Les services publics sont des activités assumées par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général. Normalement, leur contentieux relève du juge administratif. Mais il y a un certain nombre de services publics dont le contentieux relève du juge judiciaire. Ces services publics sont les services publics industriels et commerciaux dont le contentieux relève du juge judiciaire. Mais la gestion privée existe aussi en dehors des SPIC, il s'agit de la gestion du domaine privé des personnes publiques.

Les SPIC sont des services gérant des activités de nature industrielle et commerciale. Il en résulte que ces services fonctionnent dans les mêmes conditions que les entreprises privées et relèvent de cet fait au juge judiciaire. Cette compétence a été consacrée en France pour la première fois par le Tribunal des conflits de la manière suivante : « ...certains services sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État parce que nul particulier ne s'en est chargé et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ; les contestations que

¹⁴⁰ En vertu du paragraphe 3 de l'article 208 du Code des douanes (loi n° 01-075/AN-RM du 18 juillet 2001), en ces termes : « Ils jugent en outre les contestations concernant les refus de payer les droits, les oppositions à contraindre, la non décharge des acquits à caution et les autres affaires de douanes ».

¹⁴¹ *Idem*.

soulèvent leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun »¹⁴².

La compétence judiciaire en matière de SPIC intéresse surtout le fonctionnement de ces derniers c'est-à-dire les actes passés avec les usagers et les actions en responsabilité intentées par les tiers ou les usagers. Les rapports des services publics industriels et commerciaux avec leurs usagers relèvent toujours du droit privé. Les contrats qu'ils concluent avec eux sont des contrats de droit commun, quelles que soient leurs clauses¹⁴³. Les agents des services publics industriels et commerciaux sont normalement des agents de droit privé, les litiges qui les opposent au service relèvent du juge judiciaire. Les mesures individuelles concernant les agents, ne sont jamais des actes administratifs et échappent donc de ce fait à la compétence du juge administratif. Les dommages subis par les usagers relèvent du droit privé et de la compétence judiciaire même dans le cas d'un dommage de travaux publics causé par un ouvrage public¹⁴⁴. Les relations des services publics industriels et commerciaux avec les tiers, et notamment la responsabilité extracontractuelle qu'ils peuvent en courir à leur égard, sont encore régis par le droit privé et appréciée par les juridictions judiciaires.

Au Mali, le contentieux des dommages causés aux tiers ou aux usagers des services publics et industriels est régi par la loi n° 88 -55/ AN-RM du 22 février 1988, portant répression des infractions imputables aux dirigeants des sociétés d'Etat et des établissements publics à caractère industriel et commercial¹⁴⁵.

Il existe, cependant, des résurgences du droit administratif et de la compétence du juge administratif. Ainsi, le personnel dirigeant possédant la qualité de fonctionnaire ou le chef de la comptabilité

¹⁴² TC, 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain, *Rec.* 91.

¹⁴³ TC, 22 janvier 1921, *op. cit.*

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ L'art. 4 de la loi n° 88 -55/ AN-RM du 22 février 1988 précise que « Les sociétés d'Etat et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) sont tenus de réparer les dommages ou préjudices causés aux tiers ou aux usagers du service public du fait des dirigeants dans l'exercice de leur fonction ».

ayant la qualité de comptable sont soumis au juge administratif¹⁴⁶. Les contrats passés avec des tiers peuvent avoir un caractère administratif. Les litiges avec les usagers relèvent de la juridiction administrative lorsqu'ils sont provoqués par des actes réglementaires¹⁴⁷. Toutefois, en matière de gestion privée en dehors des services publics, le domaine privé est constitué par les biens autres que ceux qui sont des dépendances du domaine public. Il s'agit selon l'ordonnance n° 02-008 du 12 février 2008 portant Code domanial et foncier au Mali, les terres faisant l'objet de titre foncier et les droits réels immobiliers établis ou transférés au nom de l'Etat, des terres non immatriculées, de certains biens et droits immobiliers privés sous la garde de l'Etat à titre provisoire¹⁴⁸ ou tout bien de meuble acquis ou transféré au nom de l'Etat pour quelque motif que ce soit, à la suite d'une acquisition à titre onéreux ou gratuit, d'une confiscation ou de tout autre mode de transfert¹⁴⁹.

La gestion du domaine privé de l'administration est, aujourd'hui, généralement considérée comme un service public tandis que la gestion du domaine public de l'administration obéit aux règles du droit administratif, celle du domaine privé se déroule largement sous un régime de droit privé¹⁵⁰. Le contentieux de la gestion du domaine privé relève en principe du juge judiciaire. Ainsi les dommages qui ont leur origine dans le domaine privé échappent en principe au régime particulier de la responsabilité publique et relèvent de la juridiction judiciaire¹⁵¹. Il en va de même, notamment, pour les dommages résultant d'actes de gestion domaniale, de dommages causés par des meubles domaniaux¹⁵².

Le principe qui vient d'être indiqué n'est pas sans comporter certaines limites. Il en va ainsi dans le cas où les immeubles

¹⁴⁶ CE, 26 janvier 1923, Robert Lafreygeyre.

¹⁴⁷ TC, 15 janvier 1968, Compagnie Air France/ Epoux Barbier.

¹⁴⁸ Art. 28 de l'ordonnance n° 02-008/P-RM du 12 février 2002 portant Code domanial et foncier.

¹⁴⁹ Art.68 *idem*.

¹⁵⁰ C. DEBBASCH, *Droit administratif, op. cit.*, p. 584.

¹⁵¹ J.M. AUBY, *Droit administratif, op. cit.*, p. 485.

¹⁵² *Idem*.

domaniaux font l'objet d'une affectation au service public. Dans cette hypothèse les travaux publics d'entretien de ces immeubles constituent des travaux publics et relèvent du juge administratif. La compétence du juge administratif s'étend encore au dommage résultant de l'exécution d'un service public (non industriel ou commercial) sur le domaine privé¹⁵³.

2. Les questions accessoires

Une question accessoire est une question contentieuse relative à une activité de service public soulevée au cours d'un procès devant un tribunal judiciaire sans constituer l'objet principal de ce procès. Selon le principe de la séparation, le juge judiciaire devrait surseoir à statuer et demander au juge administratif de résoudre la question préjudicielle. Mais la multiplication des questions préjudicielles retarde la solution des litiges. Donc, il s'agit de concilier les deux principes : devant les tribunaux judiciaires l'interprétation ou l'appréciation de la légalité des actes administratifs constitue tantôt des questions préalables¹⁵⁴, tantôt des questions préjudicielles¹⁵⁵. A cet égard, interviennent les compétences du juge civil et du juge pénal pour interpréter les actes administratifs ou pour apprécier leur légalité. L'interprétation des actes administratifs est faite par le juge judiciaire ou par le juge pénal.

Les tribunaux civils peuvent interpréter les règlements. Cette règle traditionnelle a été tirée du fait que le juge judiciaire interprète bien les lois, or, le règlement a le même caractère de généralité que la

¹⁵³ J.M. AUBY, *Droit administratif, op. cit.*, p. 486.

¹⁵⁴ C'est une question qui doit être résolue par le juge avant tout examen au fond du litige, mais dont la solution relève de la compétence du juge saisi au principal.

¹⁵⁵ Si elle doit également être résolue avant tout examen au fond du litige, ce n'est pas de la compétence du juge saisi au principal. Deux principes fondamentaux s'opposent alors : d'une part, le principe de la plénitude de juridiction selon lequel le juge de l'action est le juge de l'exception ; d'autre part, le principe de la séparation des autorités et administratives qui interdit toute immixtion d'un ordre dans les affaires relevant d'un autre ordre juridictionnel.

loi. Cette compétence du juge judiciaire pour interpréter les règlements, a été formellement admise en France et de manière la plus générale par le Tribunal des conflits¹⁵⁶. Pour admettre la compétence du juge civil, le Tribunal des conflits s'est fondé sur le fait que le règlement « participe du caractère de la loi ». La distinction s'est faite entre les actes réglementaires et les actes individuels. Si le juge judiciaire peut interpréter les actes réglementaires, il s'est abstenu de toute prise de position à l'égard des actes individuels. En revanche, il est aussi admis que les tribunaux judiciaires ne peuvent interpréter les actes administratifs individuels à moins qu'ils ne soient parfaitement clairs. Ils constituent des questions préjudicielles relevant de la compétence des juridictions administratives. Il en irait autrement si les dispositions de l'acte individuel sont claires et non contestées. Cette compétence se retrouve chez le juge pénal.

En effet, il appartient au juge pénal « d'interpréter les lois et les règlements, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyens de défenses »¹⁵⁷. Tout comme la juridiction civile, le juge pénal peut interpréter les règlements. Mais la question se pose quant à l'interprétation des actes individuels. La position du nouveau Code pénal français répond à cette question de la manière suivante : « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels... lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis »¹⁵⁸. Ainsi, l'appréciation de la légalité consiste à se prononcer sur la validité d'un acte administratif. Le principe est que les tribunaux administratifs sont compétents pour apprécier la légalité d'un acte administratif. Mais les constructions jurisprudentielles accorderont des compétences au juge judiciaire et au juge pénal pour apprécier la légalité des actes administratifs.

Le principe général consacre la compétence des juridictions administratives pour apprécier la légalité des actes administratifs. On

¹⁵⁶ T.C, 16 juillet 1923, Septonds.

¹⁵⁷ T.C, 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets.

¹⁵⁸ Art. 111-5 de la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant Code pénal français.

estime en effet que l'appréciation de la validité même d'un règlement troublerait les opérations des corps administratifs. Lorsqu'une telle question est soulevée, le juge judiciaire doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif saisi se soit prononcé. Cependant, cette règle connaît une exception : lorsque l'acte en question porte une atteinte grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle, les tribunaux civils peuvent apprécier la légalité du règlement. Le juge judiciaire est en effet le gardien de la liberté individuelle et de la propriété privée. Mais cette compétence du juge civil ne vaut que pour les règlements et non pour les actes individuels restrictifs des libertés ou de propriété. La compétence d'appréciation des règlements individuels est plus large chez le juge pénal.

Le juge pénal détient une compétence beaucoup plus vaste que celle du juge civil. En effet, le juge pénal peut et doit apprécier la légalité des actes administratifs dont il est appelé à sanctionner la violation en prononçant des condamnations. Le principe en tout cas, a été clairement affirmé en France par le Tribunal des conflits¹⁵⁹ en ces termes : « Il résulte de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a en principe plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non application des peines ; il lui appartient à cet effet non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux-ci qu'ils servent le fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyens de défenses ».

Le Tribunal des conflits distingue ainsi nettement le cas des règlements administratifs et celui des actes individuels. La compétence du juge pénal est très générale à l'égard des règlements administratifs. Elle constitue, selon les termes du Tribunal des conflits, une « plénitude de juridiction résultant de la nature d'une mission assignée au juge pénal ». Cette plénitude de juridiction apparaît en ce que le pouvoir d'appréciation est reconnu à toutes les juridictions pénales, en ce qu'il appartient au juge aussi bien lorsque le règlement administratif est invoqué comme moyen de défense et à l'égard de n'importe quel règlement administratif.

¹⁵⁹ T.C, 5 juillet 1951, *op. cit.*

Concernant les actes administratifs individuels, il ressort de l'arrêt Dame Le Roux¹⁶⁰ que le juge pénal peut apprécier la légalité des actes administratifs, réglementaires et individuels lorsqu'ils sont assortis d'une sanction pénale. La compétence du juge pénal au Mali, est prévue par l'article 325 du Code pénal. Ainsi l'alinéa premier de cet article autorise le juge pénal d'apprécier les règlements en ces termes : « seront punis d'amende ou d'emprisonnement ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative ou municipale »¹⁶¹. Et pourtant, la jurisprudence judiciaire malienne, en son état actuel, ne consacre pas, comme il est prévu et comme il se devrait, la compétence judiciaire en matière administrative. Ceci, malgré l'existence du Code pénal, l'autorité judiciaire au Mali n'autorise pas le juge pénal d'apprécier lui-même le règlement pour ne pas déroger à la règle générale de la séparation des autorités administratives et judiciaires. De ce fait, toute question d'incidence devant le juge judiciaire ou le juge pénal, qu'elle vise l'interprétation ou l'appréciation, constitue une question préjudicielle qui doit être renvoyée aux Tribunaux administratifs¹⁶² pour les actes des autorités régionales et locales ou à la section administrative de la Cour suprême¹⁶³ pour les actes des autorités centrales.

*

**

Il ressort de notre réflexion que l'activité de l'administration est contrôlée en principe par deux juges : le juge administratif et le juge judiciaire.

Sur la compétence, l'activité du juge administratif englobe presque l'ensemble des activités de l'administration. Et cela, en vertu

¹⁶⁰ T.C 21 décembre 1961, Dame Le Roux.

¹⁶¹ Loi n° 01-079/AN-RM du 20 août 2001 portant Code pénal au Mali.

¹⁶² Art. 8 al. 2 de la loi n° 94-006 du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.

¹⁶³ Art. 42 al. 4 de la loi n° 96-071 du 16 décembre 1996 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême.

de critère organique, matériel. Chaque fois donc que le droit applicable est le droit administratif, le juge administratif est compétent. Ainsi, il peut annuler une décision administrative contestée lorsqu'il estime que cette décision est illégale. Le juge administratif peut modifier une décision contestée. Dans ce cas, il ne s'agit plus seulement d'annuler purement et simplement une décision, mais de la modifier de manière de la rendre légale. Le juge administratif peut condamner l'administration à payer une somme d'argent à titre de dommage et intérêts. En outre, il peut prononcer des mesures d'urgence.

Cependant toutes les activités de l'administration ne relèvent pas du juge administratif. Dans un nombre assez important, le juge judiciaire se transforme en juge de l'administration. De façon générale, on peut dire que le juge judiciaire est compétent pour les activités de l'administration ne présentant pas un caractère administratif (fonctionnement du service public de la justice, gestion privée des services publics). Mais des exceptions à ce principe ont étendu les attributions des tribunaux judiciaires, soit en vertu d'idées générales (état des personnes, liberté individuelle et propriété privée, responsabilité de l'administration), soit en vertu d'une loi (fiscalité indirecte).

Si nous regardons les textes, nous avons confiance dans la mission assignée à l'autorité judiciaire pour la surveillance des libertés et droit individuels. Mais le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle est nuancé. Cela aujourd'hui à cause de l'accroissement du rôle de la juridiction administrative dans la protection des libertés individuelles.

Au terme de ce bilan, les espoirs tant accordés au juge judiciaire dans le contentieux administratif sont loin d'être atteints. Nous pouvons dire que la détermination par la loi de titres exceptionnels de compétence au profit du juge judiciaire a comblée les insuffisances du contrôle exercé par le juge administratif. Mais la timidité du juge judiciaire a cependant étouffé les espoirs du législateur. Les clauses législatives de compétences sont restées à l'état de simples intentions, n'ayant pas été confirmées par la jurisprudence.

Réflexion sur le juge de l'administration en droit malien

Le souhait que l'on peut émettre est que la justice judiciaire puisse mettre en application les clauses législatives à travers la jurisprudence. Mais aussi que le législateur adopte un Code de l'administration permettant au juge administratif de fonder sa jurisprudence sur les réalités nationales.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages généraux

- AUBY (J.-M.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1983, p. 651
CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., Tome 2, 2001, p. 797
DEBBASCH (C.), *Droit administratif*, Paris, Economica, 8^{ème} éd., 2007, p. 769
DUPUIS (G.) *et al.*, *Droit administratif*, Paris, Sirey, 10^{ème} éd., 2007, p. 695
LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, p. 563
LOMBART (M.) & DUMONT(G.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2007, p. 625
LONG (M.) et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, p. 974
RIVERO (J.) & WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 21^{ème} éd., 2006, p. 645
ROUAULT (M.-C.), *L'essentiel du droit administratif général*, Paris, Gualino, 9^{ème} éd., 2011-2012, p. 132
VILLIERS (M.) et autres, *Droit administratif*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 2009, p. 1384
WIGNY (P.), *Droit constitutionnel, principe et droit positif*, Bruxelles, 1952, p. 456

Ouvrages spécifiques

- AUBY (J.-M.) & DRAGO (R.), *Traité du contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., Tome 1, 1984, p. 1014
BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, Dalloz, 2006, p. 266
CHABANOL (Daniel), *La pratique du contentieux administratif*, Paris, Litec, 6^{ème} éd., 2005, p. 469
CHAPUS (René), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2008, p. 1540
PACTEAU (Bernard), *Traité du contentieux administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 646

RICCI (Jean- Claude), *Contentieux administratif*, Paris, Hachette supérieur, 2007, p. 255

SANDEVOIR (P.), *Le contrôle de l'action administrative*, Paris, CNFPT, 1988, p. 112

Articles

COULIBALY (M.), « Les juges de l'action administrative », *RHPP* //www.lex-publica.com (consulté, le 14 septembre 2019)

Les textes constitutionnels et législatifs

-Textes constitutionnels :

Constitution malienne du 22 septembre 1960

Constitution malienne du 25 février 1992

-Textes législatifs :

Loi n° 62-18/ AN-RM du 03 février 1962 portant Code de la nationalité

Loi n° 62-66 / AN-RM du 6 août 1962 portant Code de procédure pénale

Loi n° 87-31/AN-RM du 20 août 1987 fixant le régime général des obligations

Loi n° 88-55 /AN-RM du 2 février 1988 portant répression des infractions imputables aux dirigeants des sociétés d'Etat et E.P.I.C.

Loi n° 93-008/AN-RM du 11 février 1993 déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales

Loi n° 01-079/AN-RM du 20 août 2001 portant Code pénal

Ordonnance n° 002-008/P-RM du 12 février 2002 portant Code domanial et foncier

Loi n° 2011- 037 du 15 juillet 2011 portant organisation judiciaire

Loi n° 2011-038- du 15 juillet 2011 portant création de juridictions

Loi n° 2016 -046- du 23 septembre 2016 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême et de la procédure suivie devant elle

Loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017 portant Code des collectivités territoriales

Yamadou Camara

Loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et
fonctionnement des Tribunaux administratifs

LE REGIME JURIDIQUE DE LA POSSESSION IMMOBILIERE AU MALI

**Dr Issiaka CISSE,
enseignant-chercheur à la Faculté de droit privé de l'Université
des sciences juridiques et politiques de Bamako**

RESUME

« La possession est l'ombre de la propriété », affirmait le doyen Carbonnier. La possession est une ombre, en effet, en ce qu'elle reflète une réalité juridique sans en être une. La possession est, alors et avant tout, une situation de fait. Cette approche est recevable dans le paysage juridique malien. Cependant, on constate une controverse dans son encadrement envisagé sous l'angle de l'usucapion. Tantôt l'affirmation des droits fonciers coutumiers, une source de droit qui manifeste une hostilité vis-à-vis de la prescription acquisitive pourtant admis par le Code civil français, une source ayant inspiré le législateur malien. Tantôt une superposition juridique soldée d'une part par la méconnaissance de l'usucapion et d'autre part par la reconnaissance de l'usucapion. Face à une telle pluralité juridique controversée, le régime juridique de la possession immobilière doit être réformé. Une telle réforme répond au principe juridique selon lequel la possession immobilière doit nécessairement emporter des conséquences juridiques. Par conséquent, il faut élargir la protection juridique de la possession et rendre son application effective.

MOTS CLES : Possession immobilière, droit positif, droit foncier coutumier, usucapion.

Dans la vie, les gens cherchent toujours à protéger les biens qui les appartiennent. Gérard Cornu disait « les biens, c'est bon »¹. Selon lui, les biens sont les choses, les bonnes choses de cette terre : la terre, ses prés, ses champs, ses forêts et, dessous, dessus ou derrière... les fruits, les maisons etc.². Cela explique le degré d'importance que chaque individu accorde à son bien. En effet, un bien peut être acquis de diverses formes notamment à travers l'acquisition d'un titre³ de propriété qui confère à son titulaire un droit d'exclusivité. Le titre marque la fin de la procédure d'immatriculation⁴. En outre, l'immatriculation de l'immeuble marque la sortie, de manière irrévocable, du bien du régime coutumier antérieur⁵. Son bénéficiaire ne saurait donc solliciter le retour de l'immeuble à la tenure

¹ G. CORNU, *Droit civil, les biens*, Montchrestien, L. G. D. J., 13^e éd., 2007, 377 pages. V. F. Terre, Ph. Similer, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^e éd. Paris, 2014, p. 55.

² *Ibid.*, p. 55.

³ L'ordonnance N° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier dispose dans son article 4 que : « Le patrimoine foncier des autres personnes physiques ou morales comprend tous les immeubles détenus par celles-ci en vertu d'un titre foncier transféré à leur nom à la suite de la conversion d'un droit de concession en titre de propriété immatriculée, d'une cession ou de tout autre mode de transfert d'un titre foncier. ». Il en est de même au Bénin où la loi n° 2017-15 modifiant et complétant la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin dans son article 112 al. 1 prévoit que : « Seul le titre foncier confère la pleine propriété en République du Bénin. Il lui est attaché tous les attributs du droit de propriété. »

⁴ A. D. TJOUE, *Droits domaniaux et techniques foncières en droit camerounais : Étude d'une réforme législative*, Paris, Economica, 1982, p. 173 in P. J. LOWE GNINTEDEM, « Pluralisme juridique et accès à la propriété foncière en Afrique : réflexion sur la persistance de la coutume à partir de l'expérience camerounaise », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Presse universitaire d'Aix-Marseille*, 2016-1 XLI-116, p. 421. V. G. PAISANT (dir.), *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien, Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 23.

⁵ Art. 4 du Code domanial et foncier du Mali.

antérieure⁶. Le bien peut aussi être acquis accidentellement ou du moins d'une situation de fait dont le bénéficiaire est perçu à deux visages l'un comme étant le possesseur⁷ et l'autre comme un soi-disant propriétaire ou un détenteur précaire. Une telle forme d'acquisition d'un bien en l'occurrence immeuble n'est pas sans conséquence surtout lorsqu'il est question d'apprécier sa transition juridique. Or, le paysage juridique malien sur la possession, exige l'application stricte des textes. Ce droit qui encadre la possession immobilière est caractérisé par un dualisme juridique en termes de sources. Un tel foisonnement n'est pas sans risque lorsqu'on envisage l'usucapion d'une possession immobilière.

Mais avant, il est essentiel de rappeler la notion de la possession. Par définition, l'article 2255 du Code civil français précise que « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » Cette définition qu'on ne retrouve pas dans le Code domanial et foncier ni dans la loi sur le foncier agricole prouve la clarté du Code civil sur la possession. Elle est tacitement reconnue par le droit malien. C'est une institution consacrée et protégée⁸. En effet, l'institution qu'ait la possession est la forme la mieux indiquée qui puisse s'apparenter à un droit réel. La possession tant s'en faut est une notion complexe et multiforme. La notion de la possession indique entre autres de la possession, des

⁶ E. MATHIEU, « Régime et effets de l'immatriculation et de la constatation des droits fonciers coutumiers », *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, T. 5, p. 152.

⁷ La loi n° 2017-001 du 11 avril portant sur le foncier agricole prévoit que l'attestation de possession foncière peut être attribuée selon que les terres agricoles appartiennent à des particuliers ou à des communautés rurales (art. 9-11). L'article 112 al. 2 du Code foncier béninois dispose que : « Toutes les terres non couvertes par un titre foncier sont sous l'empire de droits présumés ».

⁸ Art. 2278 du Code civil dispose que : « La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace. »

biens matériels, des droits voire de la possession fictive⁹. Dans l'une ou l'autre, la possession est un pouvoir de fait qui peut provoquer dans certaines mesures des conséquences juridiques. C'est une notion juridique qui a plusieurs origines. En droit romain, ce pouvoir de fait s'exerce sur un *corpus* et un *animus*. Par contre dans la conception germanique, il est question de *Gewere* c'est-à-dire un acte de transmission ; mais aussi le possesseur est celui qui en tire profit. De manière concrète, la possession n'est autre chose que le rapport matériel existant entre une personne et une chose, rapport consistant en ce que cette chose est mise en contact avec la personne qui a justement recherché, désiré ce contact pour être à même de s'en servir et d'en tirer les avantages qu'elle est susceptible de procurer¹⁰. Cette définition est acceptable malgré la possibilité d'émettre des réserves. En réalité, la possession, une situation de fait, n'implique pas nécessairement l'existence d'un droit au profit du possesseur sur la chose possédée. Elle n'est autre chose qu'un simple état de fait, que le contact volontaire établit entre le possesseur et la chose possédée, la possession doit rester un acte indifférent au droit, et le législateur ne doit par conséquent nullement se préoccuper. C'est pourquoi, on peut retenir que la possession, simple état de fait, ne peut être protégée pour elle-même.

⁹ Cette approche est affaiblie au profit d'une notion uniformisée de la possession. En effet, l'avant-projet de la réforme du droit des biens s'inscrit dans cette logique puisqu'il sous-tend la non-nécessité d'une possession naturelle dans la mesure où les actions possessoires ne sont pas maintenues, comme on le verra par la suite. La preuve et le régime de la possession ont été également précisés. Par mesure de simplification, il a également jugé nécessaire de ne retenir qu'une notion unique de bonne foi et de la définir. Est donc considéré comme de bonne foi, le possesseur qui peut légitimement se croire titulaire du droit qu'il exerce. Comme aujourd'hui la bonne foi est toujours présumée. V. « Proposition de réforme du livre du Code civil relatif aux biens », Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française, p. 7.

¹⁰ Ed. VERMOND, *Théorie générale de la possession en droit romain*, L. Larose, 1895, p. 7.

Tout de même, on observe que la possession n'est pas un état de fait analogue à tout autre, puisque le législateur français s'en est préoccupé et lui a assuré une protection¹¹. C'est tout le sens de l'article 2258 du Code civil qui stipule que « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » On peut constater la même démarche dans la loi n° 2017-001 du 11 avril portant sur le foncier agricole. Cette loi précise tout de même dans son article 29 que : « Dans les affaires de revendication en détention coutumière ou de possession de terres Agricoles, notamment la propriété et des droits qui en découlent, la possession de la terre non immatriculée ou non enregistrée est acquise par l'exploitant après vingt (20) ans d'exploitation continue et régulière sans contestation, ni paiement d'un quelconque droit ou taxe ».

Dans tous les cas, une condition doit être remplie afin de bénéficier de cette prescription¹². Voilà une dimension qui expliquerait pourquoi la possession est protégée. De là, malgré les divergences¹³, la possession n'est protégée que par voie de conséquence parce que l'on punit le délit qui l'a troublée¹⁴. Il ne fait aucun doute que la possession fait l'objet d'une protection par le droit positif malgré sa situation de fait. La définition corrobore cela, car la possession est appréhendée comme « un pouvoir de fait consistant à exercer sur une chose des prérogatives correspondant à un droit réel autre que la

¹¹ *Ibid.*, p. 12. Par ailleurs, à noter que l'arsenal juridique malien à travers l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier (art. 131), la loi n°2017-001 du 11 avril portant sur le foncier agricole (art. 29) consacre la possession. Aussi, le décret n° 99-254/P-RM du 15 septembre 1999 le Code de procédure civile, commerciale et sociale...

¹² L'article 2261 du Code civil dispose que : « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. »

¹³ IHERING, *Fondement des interdits possessoires*, trad. par MEULENAER, p. 16, in Ed. VERMOND, *op. cit.*, p. 16 à 37.

¹⁴ Ed. VERMOND, *ibid.*, p. 20.

propriété »¹⁵. Le possesseur peut se comporter en usufruitier ou bénéficiant d'une servitude en ayant comme intention de s'affirmer comme titulaire de ce droit d'où l'idée qu'elle est l'ombre de la propriété¹⁶. C'est une apparente titularité d'un droit ou d'un état. En réalité la doctrine¹⁷ de façon générale semble être de ce point de vue puisqu'elle reconnaît le lien étroit qui existe entre la propriété et la possession. De telles postures, d'une origine lointaine, semblent affirmer que si la possession a été protégée par le droit, cela depuis l'époque romaine¹⁸, c'est parce que cela était absolument nécessaire pour protéger la propriété d'une façon efficace plus précisément un complément nécessaire de la protection de la propriété.

Cette approche de la possession mériterait une reconnaissance d'une certaine universalité. Ainsi, dans une approche romano-germanique du droit, la protection de la possession est le corolaire d'une surveillance du bien, objet de la situation de fait. Ce qui semble être repris par plusieurs législations se reconnaissant dans la tradition civiliste du droit¹⁹. La législation malienne s'inscrit dans cette

¹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, puf, 9^e éd., 2011, p. 770.

¹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 3, Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000, n° 8, p. 25.

¹⁷ Pour obtenir le plus grand soutien moral ne serait-ce que de la doctrine, les rédacteurs du Code civil ont voulu montrer que le Code civil ne méconnaît pas l'autorité antérieure, dont les références prouvent la continuité au moins apparente du système de droit à travers la Révolution.

¹⁸ Jac. Frid. RAUTER diss. *De jure possessionis*. Argentor, 1812, 4°. Très insignifiant pour le droit romain ; Th. M. ZACHARIAE, *Die Lehre des roem. Rechts vom Besitze und der Verjaehrung (Théorie romaine sur la possession et la prescription)* avec un appendice sur la *fructuum perceptio*. Breslau, 1816, 8°.

¹⁹ V. Ass. H. Capitant, *Les droits de traditions civiliste en question*, Société de Législation comparée, 2006 (vol. 1 et 2). C'est le cas en Guinée Conakry qui consacre les mêmes principes encadrant la possession. Il en est ainsi de l'article 778 al. 1 du Code civil qui définit la prescription acquisitive ou usucapion comme étant un moyen d'acquérir par possession, durant un certain temps, la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier comme, par exemple, un usufruit ou une servitude. Le législateur guinéen retient que la

interprétation juridique de la possession²⁰. Mais, la reconnaissance de la prescription acquisitive d'une possession immobilière n'est pas admise dans tous les cas. D'ailleurs, la loi sur le foncier agricole restreint aux seules terres agricoles. Or, même si on admet que le Mali depuis son indépendance, a poursuivi la trajectoire juridique²¹ inspirée du passé colonial, il est tout de même constaté l'existence d'un dualisme juridique d'où la cohabitation des droits fonciers coutumiers avec le droit civil français. Cela n'est pas sans conséquence dans la mesure où le Code domanial et foncier, contrairement à la loi sur le foncier agricole, s'y oppose en excluant les particuliers du droit à l'usucapion²² pourtant admise dans plusieurs législations

possession s'entend, selon l'alinéa 2 de l'article 778 du Code civil, « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit qu'une personne tient ou exerce par elle-même, ou par une autre personne qui la tient ou exerce en son nom ». Au Madagascar, l'article 26 de la loi n° 60.004 du 15 février 1960, qui fait état de « jouissance exclusive, personnelle, apparente, non équivoque, continue, et paisible sur des terrains urbains, jouissance caractérisée par des constructions ou autres aménagements durables » la possession pouvant entraîner la prescription acquisitive doit être matérialisée en terrain urbain par l'existence d'une construction ou aménagement.

²⁰ V. l'art. 29 de la loi n° 2017-001 du 11 avril portant sur le foncier agricole qui dispose que « Dans les affaires de revendication en détention coutumière ou de possession de terres agricoles, notamment la propriété et des droits qui en découlent, la possession de la terre non immatriculée ou non enregistrée est acquise par l'exploitant après vingt (20) ans d'exploitation continue et régulière sans contestation, ni paiement d'un quelconque droit ou taxe. »

²¹ P. F. GONIDEC, *Les droits africains, évolution et sources*, collect. « Bibliothèque africaine et malgache », Paris, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, 276 p. C. JAUFFRET-SPINOZA, « Pérennité, évolution ou désuétude des Codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n° 20, 2005, p. 2686.

²² L'art. 131 de l'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier dispose que : « La prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles. Toutefois, seront considérés comme vacants et incorporés au domaine de l'État par décision de l'autorité compétente, sans que les propriétaires puissent

africaines²³. Aussi en référence aux droits fonciers coutumiers, le paradoxe de la prescription acquisitive est loin d'être résolu dans la mesure où une coutume en dehors d'un délai fixe peut accepter l'acquisition d'une propriété par l'usage de la terre et une autre va estimer le prêt qui n'ouvre pas la possibilité à l'utilisateur (possesseur) l'acquisition d'un droit de propriété.

On retient que la prescription acquisitive à travers une possession immobilière est une situation partiellement reconnue par le paysage juridique malien. Cette reconnaissance partielle de l'usucapion n'est pas anodine. Dès lors, on s'aperçoit que la possession immobilière dans la perspective d'une usucapion peut être difficile à appréhender. Ainsi, on peut se poser la question de savoir : **quel est le régime juridique de la possession immobilière dans le paysage juridique malien ?**

De toute évidence, il y a sans doute un éclatement du régime juridique de la possession immobilière. Une situation juridique qui met en exergue que, le droit positif est exposé en deux temps opposés lorsqu'on envisage la prescription acquisitive. Les deux textes juridiques n'entendent pas envisager la prescription acquisitive dans un même registre. Le risque d'une controverse n'est pas à écarter. C'est alors qu'on aperçoit que la possession peut être appréhendée différemment à l'intérieur d'un même texte²⁴ ou en opposition avec la

prétendre à une indemnité quelconque : - tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme en zone urbaine, abandonné pendant trente années consécutives par son propriétaire ; - tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme urbaine, acquis depuis trente ans ou plus et dont la mise en valeur est inexistante ou insuffisante. »

²³ Au Madagascar, au sens de l'article 82 de l'ordonnance n° 60-146 du 3 octobre 1960, en terrain urbain, la possession pouvant entraîner la prescription acquisitive doit être matérialisée par l'existence d'une construction ou aménagement et non par des plantations et cultures vivrières. En Guinée Conakry, l'article 787 du même Code civil dispose que : « celui qui acquiert un immeuble de bonne foi et par juste titre en acquiert la propriété au bout de 10 ans si le véritable propriétaire réside dans la région où est situé l'immeuble ».

²⁴ Le Code domanial et foncier reconnaît dans son article 43 que : « Les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non

loi sur le foncier agricole. Il y a un paradoxe qui s'amplifie davantage lorsque l'on considère selon le même Code domanial et foncier en son article 131 qui prévoit la soustraction des immeubles immatriculés de toute prescription acquisitive. Cela crée davantage la controverse et indique un pluralisme juridique en porte-à-faux avec le principe du Code civil²⁵. Une hostilité envers le principe de l'usucapion tel que prévu par le droit romain pour faire valoir des principes contradictoires²⁶. Ce reproche n'est pourtant pas soutenu par une doctrine malienne qui objecte que la législation malienne a quand même dégagé ce qu'il faut entendre par propriété de la terre et ce qu'il faut comprendre par possession de la terre²⁷. Une affirmation qui omet la controverse autour de l'usucapion dont le risque est de donner l'opportunité aux droits fonciers coutumiers d'évincer les pouvoirs publics²⁸ qui est un souhait pour ne pas être soumis à des conformismes²⁹ inscrits par le Code civil.

immatriculées sont confirmés ». Si cela est consacré, la gestion de la possession coutumière est aussi reconnue.

²⁵ Etant donné que la législation malienne consacre un régime sur la possession immobilière, il n'est pas admis pour le juge malien d'élargir son interprétation sur le Code civil français à travers le principe de la continuité législative conformément à l'art. 119 de la Constitution du 25 février 1992.

²⁶ P. J. LOWE-GNINTEDEM, « Pluralisme juridique et accès à la propriété foncière en Afrique : réflexion sur la persistance de la coutume à partir de l'expérience camerounaise », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2016-1 XLI-116, p. 416.

²⁷ S. F. CISSOUMA, « Propriété et possession : théorie juridique complexe à refondre en droit malien », *Revue du CAMES*, vol. 1, n° 1, 2014 p. 115.

²⁸ L'Etat, en tant que titulaire de la « souveraineté », la régulation publique passe par l'imposition de règles, d'obligations de comportement aux acteurs sociaux. Sans doute, les règles de droit édictées par l'Etat ne sont-elles pas toujours formulées de manière impérative, sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition. V. J. CHEVALLIER, « Souveraineté et droit », in D. MAILLARD DESGREES DU LOÛ, dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2005, p. 203-206.

²⁹ J. CHEVALLIER, « Introduction. La normativité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 57.

Ces points soulevés justifient l'intérêt de cette étude. L'analyse du régime juridique de la possession est un moyen d'appréhender les difficultés liées à l'usucapion. Or, la prescription acquisitive regorge une utilité d'ordre général. Bigot de Preamneux³⁰, lors des travaux préparatoires du Code civil, relevait que l'usucapion poursuit un intérêt général d'où le maintien de la paix³¹ contrairement à l'éviction de la prescription acquisitive par le Code domanial et foncier. D'un point de vue économique, le désintéressement du propriétaire contre la mise en valeur du bien par le possesseur doit attribuer à ce dernier un privilège. Aussi, l'occupation d'une terre vierge fait présumer la propriété selon qu'il s'agit du droit positif³² ou de la coutume. Pour élucider tous ces intérêts, il est important de s'appuyer sur l'approche analytique afin d'explorer les textes juridiques qui consacrent la prescription de la propriété. Tout de même, il est aussi nécessaire de faire usage de la sociologie juridique eu égard au rapprochement avec la coutume.

En réponse à la question nous constaterons que la possession immobilière envisagée sous l'égide de la prescription acquisitive soulève une controverse. Le droit malien se trouve éclaté par cette ambivalence des normes. Nous estimons alors que le régime juridique de la possession immobilière est controversé (I). Un dualisme juridique qui peut être une source d'anéantissement des droits

³⁰ FENET, p. 574-576.

³¹ L'utilité générale est également défendue par Raymond Troplong (1795-1869) qui a publié en 1835 *Le droit civil expliqué : de la prescription* (1^{ère} éd. publiée en 1835) : « dans les choses les plus positives, l'homme ne peut résister aux influences des illusions et de l'erreur... On peut se persuader de très bonne foi qu'on a des droits de propriété sur une chose qui est dans le domaine d'autrui... Le droit ne va jamais sans un devoir qui le limite ; or, le devoir du demandeur (propriétaire) était de ne pas laisser le possesseur dans sa bonne foi... », in B. B. DJIKOLOLOUM, « L'usucapion en matière immobilière dans le droit positif tchadien », *Revue africaine de sciences politique et sociales*, n° 16, janvier 2018, p. 73.

³² L'interprétation de l'art. 4 du Code domanial et foncier fait présumer la propriété à travers une possession en l'absence d'un titre foncier.

subjectifs. C'est pourquoi le régime de la possession immobilière doit être réformé (II).

I. Un régime juridique controversé

La possession immobilière fait l'objet d'une controverse dans son régime juridique au Mali. La controverse en droit suppose une discussion sur un désaccord ou une discordance des opinions sur une question de droit³³. Elle se justifie dans la présente étude suite à un éclatement des règles qui encadrent la possession immobilière. Cet éclatement est visible lorsqu'on s'intéresse à la prescription acquisitive. Celle-ci étant l'une des prérogatives dont un possesseur de bonne foi peut prétendre est controversée dans les sources (A) comme dans les textes juridiques (B).

A. La controverse quant aux sources directes sur la prescription acquisitive

Les sources donnant naissance aux textes juridiques maliens ne s'inscrivent pas dans la même longueur d'onde. Il n'est pas étonnant de constater une certaine controverse lorsqu'on évoque la prescription acquisitive. Si le Code civil consacre clairement l'usucapion (2) il n'en est pas le cas pour les droits fonciers coutumiers (1).

1. La contradiction entre droits fonciers coutumiers et prescription acquisitive

La question foncière n'est susceptible de réponses univoques et uniformes, sans doute parce qu'elle doit affronter la redoutable dimension de la complexité des sociétés³⁴. Au Mali, le législateur nourrit l'ambition de propulser une mutation juridique pour la production d'un nouveau système de droit. Loin d'être une tentative

³³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2011, p. 265.

³⁴ Editorial, « Retour au foncier. L'Afrique ne peut continuer à sous-estimer ses priorités endogènes », in *Cahiers d'anthropologie du droit 2002, Retour au foncier*, Karthala, 2003, p. 8.

mais plutôt une reconnaissance des droits coutumiers³⁵. Il consacre tout un chapitre pour la reconnaissance des droits fonciers coutumiers³⁶. Une flexibilité de la part du législateur malien, acceptant le dualisme, qui trouve un lien dans le flexible droit de Carbonnier³⁷. Ce droit faut-il le rappeler est d'abord pratique, contemporain³⁸, mais dont on ne peut comprendre le sens et la place

³⁵ On rappelle qu'une pratique coutumière sous-entend une façon habituelle d'agir qui, par la répétition, peut donner corps à un usage ou une coutume (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, p. 783.) Ce qu'on appelle les pratiques coutumières, caractérisées par leur dimension orale, locale et informelle, repose davantage sur la négociation de solutions consensuelles que sur des normes fixes et des procédures clairement définies (V. STAMM, « Formaliser les pratiques coutumières, Europe médiévale, Afrique coloniale et contemporaine », *Etudes rurales, agricultures de firme*, n° 191, 2013, p. 169-189.) La pratique dans la durée peut être une source de droit. Une conception évidente dans le contexte malien où d'ailleurs plusieurs textes juridiques s'inspirent largement. C'est le cas du Code domanial et foncier qui y consacre un chapitre sur les droits fonciers coutumiers (V. art. 43 à 48 du Code domanial et foncier). Or, le choix des solutions législatives vise toujours une finalité précise. On rappelle que le droit foncier colonial avait pour objectif de permettre aux colons de devenir propriétaires des terres, avec des droits enregistrés et sécurisés. Il s'agissait d'assurer la mainmise de l'administration coloniale sur les terres, afin qu'elle puisse les redistribuer aux colons dont on attendait qu'ils assurent la mise en valeur du territoire, et de sécuriser les droits des nouveaux propriétaires fonciers, afin de prévenir les conflits. La mise en valeur était alors un préalable indispensable à la reconnaissance des droits fonciers des communautés. Les terres non mises en valeur étaient considérées comme « vacantes et sans maître », et soustraites du contrôle des communautés. L'application du droit colonial avait également conduit à la négation des droits fonciers collectifs, et ne reconnaissait que les seuls droits individuels, ce qui est contraire aux coutumes et aux pratiques du monde rural au Mali.

³⁶ Art. 43 à 48 du Code domanial et foncier.

³⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, p. 123.

³⁸ R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 1964, n° 136, 137, 139, 175, 199. V. R. SAVATIER, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui; structures matérielles et structures juridiques », *Etudes Ripert*, 1950, t. 1, p. 75 ; et ultérieurement, outre les *Travaux de l'Association Henri*

que si on part des logiques endogènes pour en mesurer la dynamique d'adaptation. Il se situe entre tradition et modernité dans un entre-deux qui ne peut être fertile que si les stratégies et les enjeux des acteurs sont connus et maîtrisés. Un dualisme juridique craintif dans la mesure où le jeu normatif se contredit dans la définition des concepts de propriété ou de domanialité voire de la prescription acquisitive.

En effet, l'usucapion en droits fonciers coutumiers ne fait pas l'unanimité. On rappelle qu'en droit coutumier, la terre est gérée par une seule personne appelée aussi « gestionnaire de terre » qui bénéficie d'une certaine exclusivité. Le chef de terre agit au nom de toute la communauté³⁹. Il accomplit tous les actes de gestion pendant son mandat. Les chefs de communautés ont le pouvoir d'autoriser l'accès à la terre conformément à la coutume aux usages locaux, en tant que gestionnaires mandatés par la coutume, ils n'en sont pas propriétaires. Les chefs sont considérés comme étant des gestionnaires fonciers coutumiers, mais le processus décisionnel prend en compte le consensus communautaire ou accord des populations au moment des prises de décisions engageant la communauté entière. Le chef de village détient en principe les droits fonciers coutumiers, il se doit de les protéger pour les générations futures. Pour ces garants des coutumes, la terre communautaire appartient aux morts, aux vivants et aux futurs nés⁴⁰. Elle constitue alors un patrimoine qu'il faut préserver précautionneusement. Cela indique clairement que tous les

Capitant, Journées de Lille, 1957 t. XI, 1960), de très bonnes synthèses : NOIREL, « Le droit civil contemporain et les situations de fait », *R.T.*, 1960, p. 456 et s. ; LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, 1990.

³⁹ Y. JOUHAUD, « La notion de domaine ou patrimoine collectif national dans les nouvelles législations du Sénégal et du Cameroun, essai de synthèse entre le droit foncier coutumier et le droit foncier moderne », *RJPIC*, T. 20, n° 1, 1966, p. 32-34.

⁴⁰ G.-A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre, droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Col., Office de la Recherche Scientifique et Technique Outre-Mer, nouvelle série n° 8, 1966, p. 54. V. Cette réflexion est rapportée par M. Elias ŪLAWALE dans son livre, *Nature du droit coutumier africain*, Paris, in *Présence africaine*, p. 183.

membres de la communauté disposent d'un droit de jouissance du patrimoine communautaire. Dans une telle approche, le droit d'usage est accordé à tous les membres de la communauté. Seule la communauté familiale est titulaire des droits portant sur la terre. Cette dernière fait partie de son patrimoine propre. Et si elle est répartie par le chef de famille entre les divers membres, c'est uniquement pour faire l'objet d'un simple droit de culture, d'usage. L'exercice de ce droit de culture qui ne dure qu'autant que vit son titulaire, ne fait pas sortir la terre du patrimoine familial. Il n'opère pas une translation de droit au profit de l'individu. Il disparaît avec son titulaire qui peut même en être déchu dans certains cas ; ainsi les coutumes foncières prévoient que le non exercice du droit de culture pendant un certain temps entraîne sa déchéance. C'est une règle commune à tous les droits fonciers ouest-africains : le droit du cultivateur ne dure qu'autant que rien ne laisse présumer son abandon⁴¹. Ainsi selon Olawale Elias, le fait de laisser à l'abandon une terre, pendant une période prolongée et sans raison tenant aux nécessités de l'agriculture entraîne habituellement l'allocation de la terre abandonnée à un autre individu disposé à la faire fructifier ; ceci pour des raisons d'ordre essentiellement économique⁴².

Il est difficile de préciser une théorie élaborée de la prescription acquisitive sur les droits fonciers coutumiers. Mais tous les auteurs s'accordent à affirmer que le droit que l'individu exerce à titre personnel sur une partie du domaine de sa famille peut se perdre, se prescrire dans certains cas, comme si le droit répugnait à l'abstraction et surtout à la clandestinité. Celui qui veut se réserver l'usage exclusif d'une parcelle de la terre collective doit traduire son intention par certaines manifestations concrètes : l'occupation effective. « La propriété n'est donc qu'un droit d'occupation, valide aussi longtemps que l'occupation est effective »⁴³. Mais si l'individu peut perdre son

⁴¹ *Ibid.*, p. 206.

⁴² Olawale ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, p. 184, in G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 206.

⁴³ ORCBARDSON cité par LIVERSAGE, *Land tenure in the colonies* in G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 206.

droit, celui de la collectivité dont il est membre est imprescriptible, tout comme le droit de propriété. La terre qui ne fait plus l'objet d'un droit d'usage individuel revient à la communauté.

C'est là que l'on s'aperçoit que les pratiques coutumières attribuent une autre dimension à la possession. De ce point de vue la possession d'une terre ne peut aboutir à l'usucapion. Une majorité des coutumes maliennes n'envisage pas la prescription acquisitive car la terre est un patrimoine collectif et sacré⁴⁴ et ne peut appartenir à un individu. C'est pourquoi fréquemment, en milieu périurbain ou rural, ceux qui se considèrent légitimes propriétaires d'une parcelle litigieuse sont enclins à objecter que les droits qu'ils détiennent sur cette parcelle sont ceux que les ancêtres leur ont été conférés. Dans un arrêt de la Cour suprême du Mali⁴⁵, pour la réclamation de concession en justifiant une occupation coutumière. La partie qui allègue la réclamation affirme avoir matérialisé par une clôture et par l'utilisation du lieu en parc d'animaux pendant 43 ans. Malgré cela, le juge de cassation a rejeté le pourvoi au motif qu'il est mal fondé.

Lorsque la possession porte sur une terre, et malgré la durée, la prescription acquisitive n'est pas envisageable selon certaines coutumes. Les descendants d'un possesseur ne peuvent pas obtenir le titre de la propriété et s'ils le réclamaient, ils seront avertis par une autorité coutumière pour leur rappeler qu'ils sont des étrangers et que la terre ne peut pas leur appartenir. À titre d'exemple, un conflit était opposé entre un exploitant de champ et un descendant héritier dans la localité de *Fougna* (cercle de Kita). Par la durée de son exploitation, il voulait s'approprier définitivement du champ qu'il possédait. Mais avec une opposition légitime selon la coutume, l'exploitant a été

⁴⁴ En effet, la terre, en milieu traditionnel, présente certaines caractéristiques qui la rendent non susceptible d'appropriation par usucapion. D'abord, la terre est un bien sacré et elle ne peut être assimilée aux autres biens de la nature. En milieu rural, on insiste sur le lien étroit qui existe entre la terre et les aïeux. Le terme sacré s'entend d'une chose à laquelle on ne doit point violer dans la mesure où la terre est nourricière et par conséquent elle ne peut faire d'une appropriation par voie d'acquisition.

⁴⁵ V. Cour suprême, section judiciaire, arrêt n° 216 du 28 juillet 2003.

dépossédé de son champ qu'il exploitait pendant des années⁴⁶. En droit comparé au Tchad, la restitution d'un barrage agropastoral a été contestée en raison d'une opposition pour la propriété du site. Malgré un accord entre les populations riveraines des deux cantons (Canton Djongor-Guéra et Canton Kenga), il faut relever que c'est depuis le début du siècle que les habitants du Canton Djongor-Guéra ont la jouissance de cette terre et tout le temps écoulé conformément au principe du Code civil de 1958 applicable au Tchad, n'a pu aboutir à la reconnaissance du droit de propriété⁴⁷. L'usucapion est donc inimaginable en droit traditionnel tchadien.

Par ailleurs, la première occupation ou la dépossession des droits est un fondement des droits fonciers coutumiers au Mali. L'occupation est présentée comme le mode originaire utilisé par une communauté pour s'accorder des droits sur des terres vacantes qu'elle a décidé d'occuper de manière effective et définitive. Ce mode d'acquisition est très étendu au Mali et permet de s'opposer à d'éventuelles communautés qui viendront par la suite pour tenter de remettre en cause les droits acquis sur la terre. En milieu animiste, la première occupation s'accompagne de sacrifices offerts aux puissances surnaturelles du lieu en vue de l'obtention de leur bénédiction. C'est aux premiers occupants de donner le nom au terroir dont ils viennent de prendre le contrôle. Par la suite ne peuvent être reconnus titulaires des droits sur ce terroir que les seuls descendants des fondateurs. La dépossession est aussi un mode d'acquisition d'une terre sauf qu'ici le procédé est brutal notamment la guerre ou la bataille⁴⁸. Dans ces deux modes, la prescription du titre de propriété est envisageable dans la mesure où les titulaires ont fait usage et l'ont obtenu dans des circonstances particulières. A la différence du Code civil, aucun délai n'est expressément prévu, seul l'usage confère un droit de propriété.

⁴⁶ Entretien avec Adama CISSE, héritier du champ exploité par un particulier, mars 2013.

⁴⁷ B. B. DJIKOLOLOUM, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸ Le terroir malien est gorgé de conquêtes de terres. De l'empire du Mali au XII^e siècle jusqu'au royaume bambara de Ségou à la fin du 17^e siècle et en 1861.

2. L'uniformité entre le Code civil et la prescription acquisitive

Il ne fait aucun doute que la prescription acquisitive offre une possibilité de devenir propriétaire d'un bien, par sa simple possession⁴⁹. Selon l'article 2258 du Code civil français qui stipule que « la prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » Un boulevard s'ouvre pour l'acquisition d'une propriété. Tout de même, le Code civil retient certaines conditions⁵⁰ pour prescrire. Aussi, il convient de préciser la substance du Code civil en invoquant de manière successive les caractéristiques de la possession donnant lieu à la prescription acquisitive et les délais de possession exigés pour prétendre à ce mécanisme.

Dans le contexte malien, il est difficile de faire usage du principe de la continuité législative en matière de prescription acquisitive comme le prévoit l'article 119 de la Constitution du 25 février 1992. Cela parce que des textes juridiques au plan national consacrent la prescription acquisitive avec une particularité. Un aspect qui sera développé plus tard. Mais il faut admettre que le juge dans l'interprétation n'hésite pas de se référer au Code civil français dès que l'on aborde la prescription acquisitive⁵¹. Le Code civil est sans doute une source qui inspire le juge dans la pratique. Vraisemblablement une équivoque mais qui est loin d'être appréciée comme telle dans la pratique du droit d'où l'admettre comme une

⁴⁹ I. BIMAGHRA, *Les modes d'acquisition de la propriété immobilière par la possession : en droit romain, droit belge et droit anglais*, Université de Liège, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Travail de fins d'études de Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire, 2017-2018, p. 19-41.

⁵⁰ V. les art. 2260 à 2271 du Code civil français.

⁵¹ Cour suprême, section judiciaire, 3 octobre 2005, n° 22. Dans cet arrêt, ITEMA a été mise en possession avant la CNAR dont Souleymane Toure détient ses droits ; que l'arrêt attaqué a donc violé les textes organisant les sûretés, notamment ceux relatifs au gage ainsi que les articles 1141 et 2279 du Code civil.

source par ricochet même en matière de prescription acquisitive portant sur un bien immeuble.

Ainsi, les caractères de la possession susceptibles de conduire à la prescription acquisitive sont très précis. L'article 2261 du Code civil prévoit que « pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ». Une possession continue implique la présentation d'actes matériels et juridiques réguliers sur la période donnée. Dans tous les cas de figure, l'on doit être en mesure de prouver la possession dans toutes les occasions comme à tous les moments où elle devait l'être d'après la nature de la chose possédée, sans intervalles anormaux assez prolongés pour constituer une suspension de la prescription⁵². C'est la même analyse du point de vue de la jurisprudence qui perdure⁵³. La Cour suprême de la Guinée Conakry⁵⁴ comme d'autres jurisprudences africaines⁵⁵, a cassé et annulé un arrêt pour violation de l'article 778 al. 1 qui définit la prescription acquisitive ou usucapion comme étant un moyen d'acquérir par possession, durant un certain temps, la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier comme, par exemple, un usufruit ou une servitude. L'al. 2 du même article, disposant que : « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit qu'une personne tient ou exerce par elle-même, ou par une autre personne qui la tient ou exerce en son nom ». La Cour retient que considérant que l'article 787 du même code dispose que « celui qui acquiert un immeuble de bonne foi et par juste titre en acquiert la propriété au

⁵² Cour de cassation française, 1^{ère} chambre civile, 3 mai 1960.

⁵³ Cour de cassation française, chambre civile 3, 17 octobre 2019, n° 17-31468.

⁵⁴ Cour suprême de la Guinée, chambre civile, pénale, commerciale et sociale, 20 mars 2006, 01. V. Cour administrative d'appel de Douai, 1^{ère} chambre, 15 octobre 2019, 18DA01204.

⁵⁵ V. Cour suprême Tchad, chambre judiciaire, 17 décembre 2004, 040/CS/CJ/AP/2004 ; Cour suprême de Madagascar, Formation de contrôle, 25 juin 2002, 254-98-CO.

bout de dix ans si le véritable propriétaire réside dans la région où est situé l'immeuble ».

La possession doit être paisible c'est-à-dire exemptée de violences matérielles ou morales dans son appréhension et durant son cours. Elle doit être publique en ce sens que l'acquisition d'un bien par sa possession s'opère forcément au détriment de son titulaire légitime, lequel doit pouvoir être en mesure de s'opposer au possesseur qui convoite sa propriété. Or, une telle opposition n'est possible que si l'usage du possesseur apparaît clairement aux yeux de tous. La possession doit être non-équivoque car le possesseur doit manifester sans ambiguïté son intention de se comporter comme le seul et véritable propriétaire et qu'il est reconnu comme tel par les tiers. A tous ces critères, la doctrine en ajoute la possession utile c'est-à-dire celle ayant durée longtemps doit donner lieu à la prescription. Un critère pas très objectif très proche de la coutume dans la mesure où aucun délai n'est précisé. Heureusement, le Code civil ne tombe pas dans l'approximation puisqu'il prévoit un délai pour prescrire la propriété. Le délai de prescription pour la possession immobilière selon l'article 2272 du Code civil est de trente ans. C'est ce même délai qui a été retenu par le Code domanial et foncier du Mali où l'article 131 prévoit une durée de trente ans pour prescrire. L'al. 2 de l'article 2272 précise que : « Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans ».

Ces sources qui ont inspiré le législateur malien dans l'élaboration des textes consacrant la prescription acquisitive d'un bien immeuble ne semblent pas trouver une harmonie.

B. La controverse quant à la superposition juridique sur la prescription acquisitive

Le législateur malien voulant faire renaître les droits coutumiers dans l'esprit des textes juridiques et préserver les pratiques

coloniales⁵⁶ semble créer un dualisme dans la consécration de la prescription acquisitive. C'est ce que Carbonnier constatait pour dire qu'aujourd'hui, en sociologie générale, on englobe volontiers cette catégorie de phénomènes sous le vocable large d'acculturation : acculturation il y a lorsqu'une culture d'origine étrangère est greffée sur une culture autochtone. Ce qui est le cas dans les pays ex-colonisés où se sont produits des phénomènes d'acculturation notamment intellectuelle, sociale, économique, mais aussi juridique⁵⁷. Ce qui explique que la prescription acquisitive est méconnue par le Code domanial et foncier (1) et reconnue par la loi sur le foncier agricole (2).

1. La prescription acquisitive méconnue par le Code domanial et foncier

La prescription acquisitive offre une possibilité pour un possesseur de bonne foi d'obtenir le titre de propriété. L'article 2266 du Code civil français précise que : « ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit ». Donc pour prescrire il faut impérativement agir en son nom et pour son propre compte. C'est pourquoi il ressort de l'alinéa 2 du même article que : « ainsi, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire ». Pour prétendre à une prescription acquisitive, il faut justifier une possession à titre de propriété. A la lecture de ces dispositions, l'usucapion n'exclut pas un particulier ou un bien immatriculé et ne limite non plus la seule possibilité à l'Etat de prescrire. C'est pourtant le principe retenu par le Code domanial et foncier du Mali qui dispose dans article 31 alinéa 1 que : « la prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles ». Les immeubles immatriculés sont donc exclus de la prescription acquisitive. Selon cette disposition, les biens réels immatriculés ne peuvent donner l'occasion à l'Etat

⁵⁶ L'administration coloniale avait une mainmise sur les terres et la même pratique a été reprise par le législateur avec une ambiguïté dans la mesure où les droits fonciers collectifs sont plus ou moins reconnus.

⁵⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 20.

encore moins à un particulier de prescrire. Par définition, l'immatriculation est l'action d'inscrire sur un registre, sous un numéro d'ordre, le nom d'une personne ou d'une chose en vue de l'identifier à des fins diverses⁵⁸. En matière foncière, elle consiste à dégager une parcelle de terre de l'emprise communautaire pour la placer sous le régime du livre foncier. Le processus ayant conduit à l'institution de cette procédure comme mode de prédilection pour l'accès à la propriété foncière au Mali remonte à la période de la domination étrangère. Elle permet de doter un bien immeuble d'un titre foncier⁵⁹. Il y a un objectif de sécuriser les transactions foncières comme le démontrent plusieurs études⁶⁰.

Mayata Ndiaye Mbaye précise que l'objectif de sécuriser les transactions immobilières poursuivi par le législateur sénégalais se justifie par la recherche de la stabilité mais également du développement car il n'y a point de développement sans stabilité et il n'y a point de stabilité sans développement⁶¹. Il en est de même au Cameroun en vertu de l'article 1er du décret n° 76/165 du 27 avril 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier modifié et complété par le décret n° 2005/481 du 16 décembre 2005, « le titre foncier est inattaquable, intangible, définitif ». Au Bénin, l'article 112 al. 1 du Code foncier et domanial retient que : « Seul le titre foncier confère la pleine propriété en République du Bénin. Il lui est attaché

⁵⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Association Henri Capitant, Quadriga/PUF, 2011, p. 516.

⁵⁹ L'art. 169 du Code domanial précise que : « Le titre foncier est définitif et inattaquable ; il constitue, devant les juridictions maliennes le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation ». Le projet en cours est plus précis puisqu'il dispose dans son article 67 que le titre foncier est le seul moyen de céder les terrains à usage d'habitation.

⁶⁰ G. U. TOGBONON, *Les transactions immobilières au Bénin*, mémoire de master recherche en droit et institutions judiciaires, 2012-2013.

⁶¹ M. NDIAYE MBAYE, « Les transactions immobilières au Sénégal », in *De l'esprit du droit africain*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoue*, éditions, Wolters kluwer, CREDIJ, Cotonou, p. 519. V. 381 al. 2 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales.

tous les attributs du droit de propriété. » La consécration de cette disposition intervient à une époque où le certificat de propriété foncière était définitif et inattaquable⁶² et apparaissait comme une certification officielle et légale d'appropriation des terres et l'unique mode de preuve de la propriété immobilière. Donc les biens immobiliers ne peuvent être prescrits au regard des pouvoirs conférés par le titre foncier. La législation malienne s'inscrit largement dans cette approche puisque le projet de révision n'a pas modifié cette disposition et retient toujours le principe que les biens immeubles immatriculés sont imprescriptibles.

Cependant, il y a une exception sur l'imprescriptibilité des biens immobiliers immatriculés. La prescription acquisitive, à travers l'incorporation dans le domaine de l'Etat, peut être envisagée lorsque les biens immobiliers immatriculés sont restés vacants ou abandonnés. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 131⁶³ du Code domanial et foncier qui dispose que : « toutefois, seront considérés comme vacants et incorporés au domaine de l'État par décision de l'autorité compétente, sans que les propriétaires puissent prétendre à une indemnité quelconque : - tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme en zone urbaine, abandonné pendant trente années consécutives par son propriétaire ; - tout immeuble immatriculé, bâti ou non, en zone rurale comme urbaine, acquis depuis trente ans ou plus et dont la mise en valeur est inexistante ou insuffisante ». La prescription acquisitive revient de plein droit à l'Etat seul et non à un particulier. Le Code exclut les particuliers à faire usage de l'usucapion. Ce qui est contraire à l'esprit de l'article 2261 du Code civil français où l'usucapion est un droit dont toute personne, justifiant une possession, peut se prévaloir. La législation malienne n'est pas seule à faire une exclusion. Avant la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin, seul

⁶² L'art. 146 de la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin, in *Journal Officiel* 124, année n° 18 bis, du 16 septembre 2013.

⁶³ L'article 116 al. 2 du projet de révision du Code domanial et foncier maintient les mêmes dispositions.

L'Etat du Bénin avait la possibilité de prescrire. Un arrêt⁶⁴ de la Cour suprême en atteste pour mettre en exergue la violation de l'article 82 de la loi n°65-25 du 14 août 1965 en vigueur au moment des faits en ce que « la prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur les immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles ; toutefois, un immeuble immatriculé abandonné pendant trente années consécutives par ses occupants légitimes sera considéré comme vacant et incorporé au domaine de l'Etat par décret du gouverneur sur proposition du ministre des Finances ». Dans le Code actuel en vigueur cette disposition disparaît car l'article 9 de la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 reconnaît que « La propriété s'acquiert également par l'accession, l'incorporation, la prescription et par autres effets des obligations ». Le législateur malien est loin d'aller dans ce sens. Pourtant, il reconnaît la prescription acquisitive dans un autre texte de loi.

2. La reconnaissance de la prescription acquisitive par la loi sur le foncier agricole

Si la prescription acquisitive est méconnue par le Code domanial et foncier, elle est reconnue par la loi sur le foncier agricole. En effet, cette loi récente contient quelques dispositions qui consacrent la possession. L'article 29 de la loi sur le foncier agricole dispose que : « dans les affaires de revendication en détention coutumière ou de possession de terres agricoles, notamment la propriété et des droits qui en découlent, la possession de la terre non immatriculée ou non enregistrée est acquise par l'exploitant après vingt (20) ans d'exploitation continue et régulière sans contestation, ni paiement d'un quelconque droit ou taxe ». Cet article est sans doute le repère pour toute personne voulant effectuer une usucapion. La possession d'une terre agricole peut aboutir à la prescription acquisitive. L'article

⁶⁴ Cour suprême, 1^{er} décembre 2017, 2013-07/CJtCT. En effet, selon le moyen, en fondant le droit de propriété de Fl. Y... sur les éléments de la prescription acquisitive, la cour d'appel a violé la loi ; Mais attendu que les juges de la cour d'appel n'ont pas fait application de la loi n°65-25 du 14 août 1965 ; Que le moyen est irrecevable.

précise en ces termes : « ...après (20) ans d'exploitation continue... » le possesseur peut procéder à une prescription en vue de l'obtention d'un titre de propriété. Cette reconnaissance de la prescription acquisitive est sans doute inspirée du Code civil français. Elle délimite l'étendue de la prescription car seules les terres agricoles sont concernées.

Cependant, dans le monde rural, l'appréhension de la terre ne s'inscrit pas dans l'approche pourtant retenue par l'article 29. Puisque l'on constate la régularité des conflits fonciers⁶⁵, il a semblé pour le législateur malien d'adopter ce schéma relativement abrégé pour donner une voie à l'acquisition de la terre du seul fait de la possession. Cet effort législatif n'est pas sans conséquence dans la mesure où les droits fonciers coutumiers conformément à l'article 43 du Code domanial et foncier sont reconnus. Or, la question de l'usucapion selon les droits fonciers coutumiers n'est pas totalement résolue. L'occupation d'une terre à des fins agricoles appartenant à une communauté ne peut en principe donner la possibilité pour le possesseur de prétendre à un titre de propriété. La majorité des coutumes retient que la terre appartenant à une communauté est imprescriptible même lorsqu'une personne l'occupe pendant 20 ans. Le paysan, qui aurait le domaine utile, disposerait seulement du droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits. C'est d'ailleurs l'analyse partagée sur le régime des terres en Afrique occidentale, comme en témoigne cet arrêt, souvent cité, de la Cour d'appel d'Afrique occidentale, en date des 8 février et 16 mars 1907⁶⁶. Donc l'absence d'immatriculation ouvrant la voie à une prescription acquisitive est difficilement concevable. Tout comme la propriété au sens romain du

⁶⁵ F. CAMARA, « Les titres fonciers autour de Bamako : modes d'accès et impacts sur les usagers », *Vertigo la revue électronique en sciences de l'environnement*, volume 17, n° 1 mai 2017, mis en ligne le 25 mai 2017, consulté le 3 décembre 2019. Dans son article, elle met l'accent sur les tensions sur l'espace agricole : quand les enjeux fonciers réinterrogent le rapport entre propriété et usage.

⁶⁶ In *Recueil Dareste*, 1907, III, p. 78 et 97, in G.-A. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 214

terme, les propriétaires coutumiers laissent des repères sur un domaine parfois étendu. A titre d'exemple les arbres plantés confèrent un droit absolu, exclusif, imprescriptible et perpétuel. Aussi longtemps que ces arbres vivent, le propriétaire ne peut être troublé dans la jouissance de son droit sur la terre qu'il occupe ou qu'il abandonne dans un laps de temps où un possesseur saisit l'opportunité de prescrire un titre de propriété. La présence même des arbres témoigne d'une occupation effective dont le respect s'impose à tous et qui est juridiquement protégée. La force du droit de propriété que le propriétaire a sur ce qu'il a créé va provoquer l'évolution de son simple droit d'usage. Et cette évolution avant d'être juridiquement consacrée, va être celle des faits⁶⁷.

Il est remarquable que la possibilité de prescrire le titre de propriété par la possession d'une terre agricole puisse être en contradiction avec certaines dispositions du Code domanial et foncier. Ce texte consacre un dualisme ne permettant pas l'application de l'article 29 de la loi sur le foncier agricole. La doctrine régionale soutient l'idée d'une insécurité sur les transactions immobilières. François Kuassi Deckon évoque le sort des exploitants irréguliers ou exploitants installés en fait ou en dépit du droit dans le domaine foncier national togolais⁶⁸. Or, il a fallu attendre 2017 pour que le législateur malien ouvre la voie à l'usucapion. Même là cette ouverture est limitée aux seules terres agricoles. Les résistances des droits fonciers coutumiers maliens à la législation française ne semblent pas donner lieu à des règles de spécialisation contrairement au Bénin⁶⁹. Cette ambivalence de logiques opposées corrobore à cette analyse où beaucoup d'auteurs attestent que l'application systématique des règles du droit français ne peut ni satisfaire aux

⁶⁷ G.-A. KOUASSIGAN, *ibid.*, p. 214.

⁶⁸ Fr. K. DECKON, « La nature du droit de l'exploitant irrégulier du domaine national togolais », in *De l'esprit du droit africain*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoue*, éditions, Wolters kluwer, CREDIJ, Cotonou, p. 181.

⁶⁹ D. C. SSOSSA, J. DJOGBENOU, *Introduction à l'étude du droit*, éd., Credij, Cotonou, 2010, p. 36.

exigences de la justice ni à la conception sociologique du procès en Afrique. C'est d'ailleurs ce que rappelle Dorothee Cossi Sossa, qui souligne que « en réalité, le principe de l'assimilation législative n'a jamais prospéré dans les rapports coloniaux franco-africains. On a plutôt assisté au triomphe de la règle de la spécialité législative »⁷⁰. Cette spécialité législative dans la pratique malheureusement semble ne pas être l'expression exacte de la culture du droit malien. Le professeur Abdallah Cisse soutient que copier les solutions des autres à leurs problèmes prétendant résoudre les nôtres peut déboucher sur une impasse⁷¹. C'est sans doute ce qui pourrait être relevé comme difficulté si la possibilité est accordée à un possesseur d'une terre agricole de faire usage d'un droit de prescrire sachant que la même terre peut faire partie intégrante d'un bien appartenant à une communauté.

Il est possible de reconnaître ces points de vue. Mais, le contexte législatif malien doit sortir de ce dualisme dans certains cas de figure comme la prescription acquisitive où le Code civil français dispose d'une rationalité. L'effort de reconnaître la prescription acquisitive par la loi sur le foncier agricole est salutaire mais biaisé du moment où les droits fonciers coutumiers peuvent constituer un obstacle. Voilà donc un argument qui justifie la réforme du régime juridique de la possession immobilière.

II. Un régime juridique perfectible

Le législateur malien doit résoudre la controverse constatée sur le régime juridique de la prescription acquisitive en matière de possession immobilière. L'ambivalence dont il est l'auteur ne favorise pas la reconnaissance d'un droit subjectif que le Code civil reconnaît à un possesseur de bonne foi. Pour cela, il est important d'élargir la

⁷⁰ D. C. SSOSSA, *Introduction à l'étude du droit*, éd., TUNDE, Cotonou, 2007, p. 40, n° 45.

⁷¹ A. CISSE, « Saisir le bonheur par le droit », *observatoire du bonheur*, www. Africalegis. Com.

protection de la possession (A) mais aussi de rendre effective son application (B).

A. L'élargissement de la possession

La restriction est perçue juridiquement comme une action visant à réduire un droit ou de limiter le champ d'application d'une régie⁷². La restriction de la prescription acquisitive est donc une entrave à l'exercice des droits subjectifs. C'est pourquoi, il est souhaitable d'abandonner la soustraction des biens immatriculés à la prescription acquisitive (1) et au dualisme juridique constaté dans l'encadrement de l'usucapion des biens immobiliers (2).

1. L'abandon de la soustraction des biens immatriculés à la prescription acquisitive

Le choix d'écarter les biens immatriculés à toute éventualité d'une prescription acquisitive est perçu comme une restriction. Une situation qui sème le doute sur l'existence de l'usucapion. En effet, il ressort de l'article 131 du Code domanial et foncier que les biens immatriculés autrement dit une propriété privée titrée ne pourra être acquise par voie d'usucapion. Il ressort de cette disposition dans son alinéa 1 que : « la prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles ». Cette restriction constitue une limite à l'usucapion en droit malien. La soustraction des immeubles immatriculés du champ d'application de l'usucapion constitue tout de même, en droit malien, une restriction de taille à partir du moment où les propriétés immobilières sont avant tout des propriétés immatriculées ou appelées à le devenir⁷³.

⁷² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2011, p. 912.

⁷³ B. B. DJIKOLOLOUM, *op. cit.* p. 82-84. Cet auteur relève en droit tchadien que non seulement le législateur à travers la loi relative au régime de la propriété foncière et des droits coutumiers qu'une propriété titrée ne pourra jamais être acquise par voie d'usucapion. Il précise aussi que le législateur de 1967 va jusqu'à l'interdiction implicite de l'usucapion de tout bien immobilier dont le propriétaire « ne peut pas être retrouvé » ou qui a été

Une telle soustraction des immeubles titrés du champ d'application de l'usucapion n'a évidemment pas été prévue par les rédacteurs du Code civil.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas restreint le champ d'application de l'usucapion portant sur les biens immeubles. Ils se sont bornés à préciser que la possession devant conduire à la prescription acquisitive d'un bien immeuble doit être « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire »⁷⁴. Tout simplement, ils se sont contentés d'indiquer que l'« on ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce »⁷⁵. Lorsqu'on analyse cette disposition, seuls les biens immobiliers relevant du domaine public sont imprescriptibles. Or, le législateur malien écarte également des biens immobiliers du domaine privé en particulier ceux ayant fait l'objet d'une immatriculation de titre foncier.

Cette méfiance doit être écartée pour donner une possibilité d'exprimer les droits subjectifs. En effet, ceux-ci semblent être enfermés, n'ayant pas la possibilité comme c'est le cas en matière de prescription acquisitive, d'aboutir à la reconnaissance d'un droit réel. Or, il est évident de constater que la consécration de la procédure d'immatriculation s'inscrit dans l'optique d'émerger les transactions commerciales des biens immobiliers⁷⁶. La soustraction des immeubles immatriculés à l'usucapion peut être une source d'insécurité surtout lorsque le possesseur avait la possibilité de prescrire la propriété⁷⁷.

« délaissé » par lui (art. 8 de la loi n° 23 du 22 juillet 1967 portant statut des biens domaniaux).

⁷⁴ Art. 2261 du Code civil.

⁷⁵ Art. 2260 du Code civil.

⁷⁶ G. U. TOGBONON, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷ Dossier de réforme de la gestion foncière visant l'instauration d'un cadastre au Mali, octobre 2014 : 22-23 in M. BERTRAND, « Chronique d'une réforme foncière dans la trajectoire politique du Mali », *Anthropologie et développement*, n° 48-49/2018, p. 149. V. B. A.-S. SOW, *Droits fonciers urbains au Mali, de son évolution à sa réforme, propositions pour une meilleure sécurisation des transactions foncières*, Brinon-sur-Sauldre, éd. Grandvaux, 2016.

C'est ce qu'évoquait Joseph Djogbenou dans une analyse sur le régime foncier en Afrique noire francophone. Selon lui, le régime foncier est marqué par l'instabilité et l'insécurité dont les sources se retrouvent dans l'histoire du droit foncier de ces pays⁷⁸. Le législateur malien joue un rôle à double casquette qui peut être source d'insécurité foncière.

Hormis les biens immobiliers du domaine public⁷⁹ ou des collectivités territoriales⁸⁰, l'usucapion doit être admise sur les immeubles immatriculés abandonnés par les propriétaires. C'est d'ailleurs cette possibilité que l'Etat se réserve lorsque l'on revisite l'alinéa 2 de l'article 131 où les biens immeubles vacants seront incorporés au domaine de l'Etat par une décision de l'autorité compétente. Voilà une restriction arbitraire que le législateur a créée sachant que l'immeuble vacant peut être occupé par une tierce personne en guise de possession. Il est donc inconcevable de constater que malgré des années de possession sans contestation, que le possesseur ne puisse pas avoir l'opportunité de prescrire la propriété. Cette exclusion est une source de conflit en droit privé⁸¹. Une déchéance arbitraire d'un droit dont le possesseur, au regard de l'article 2260 du Code civil, pouvait se prévaloir. Une situation assez courante dont le législateur a donné l'exclusivité à l'Etat seul de reprendre le droit de propriété sur des immeubles immatriculés

⁷⁸ J. TOGBONON, « L'exécution forcée en droit OHADA », 2^{ème} éd., *CREDIJ*, 2011, Cotonou, p. 247.

⁷⁹ En France, il faut rappeler que l'immeuble n'est pas imprescriptible en raison de son appartenance au domaine public. La possession doit exister, ce qui suppose l'accomplissement d'actes matériels sur l'ouvrage (CA Reims, ch. civ., 1^{re} sect., 2 juin 1993 : *JurisData* n° 1993-043845), et s'effectuer à titre de propriétaire (la simple dérivation des eaux réalisée dans une grotte ne caractérise pas une possession *animo domini* pouvant fonder l'acquisition de la grotte : Cass. req., 27 décembre 1904 : *DP* 1905, 1, p. 75, *préc.*, n° 403, note 623.) mais aussi être utile. C'est souvent sur le vice de clandestinité qu'échoue l'usucapion des caves et souterrains (CA Poitiers, ch. civ., 1^{re} sect., 1^{er} octobre 1986 : *JurisData* n° 1986-045977).

⁸⁰ Art. 3 du Code domanial et foncier.

⁸¹ J. CARBONNIER, *Droit civil – les biens*, 9^{ème} éd., PUF, 1978, Paris, p. 173.

abandonnés ou non mis en valeur. En droit comparé, le législateur tchadien emprunte le même schéma puisqu'il interdit l'usucapion de tout bien immeuble dont le propriétaire « ne peut pas être retrouvé » ou qui a été « délaissé » par lui conformément à l'article 8 de la loi n° 23 du 22 juillet 1967 portant statut des biens domaniaux. Dans ces cas, ce bien, après procédure infructueuse de recherche, tombe dans le domaine privé de l'Etat et c'est lui seul qui pourrait, éventuellement, le louer ou le vendre⁸². Par contre, même si le législateur béninois s'inscrivait dans cette démarche à travers l'article 82 de la loi n°65-25 du 14 août 1965, a abandonné cette approche pour reconnaître que la propriété foncière peut être obtenue de diverses manières. Selon l'article 9 du Code domanial et foncier de 2013 : « la propriété s'acquiert également par l'accession, l'incorporation, la prescription et par autres effets des obligations ». Ce qui est d'ailleurs justifié par l'article 7 de la loi n° 2017-15 modifiant et complétant la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code domanial et foncier. Il est précisé que le titre foncier est un document de preuve de la propriété foncière délivré après une procédure contradictoire de confirmation de droits fonciers ou au terme de réalisation de plan foncier rural.

L'abandon d'une telle soustraction des biens titrés à l'usucapion peut être une ouverture d'explorer le champ si large d'application du droit des biens. Une telle réforme ne peut aboutir sans l'abandon du dualisme qui crée le doute sur l'existence de la prescription acquisitive.

2. L'abandon du dualisme entravant l'usucapion des biens immobiliers

Le législateur malien n'est pas trop favorable à l'usucapion. En effet, le maintien du dualisme juridique est la parfaite illustration de cette réticence. Tantôt une reconnaissance mais biaisée par la persistance des droits fonciers coutumiers applicables au Mali à travers l'articulation de titre collectif⁸³ ou de copropriété des

⁸² G. U. TOGBONON, *ibid.*, p. 83-84.

⁸³ Art. 28 du Code domanial et foncier du Mali.

immeubles bâtis⁸⁴ en droit comparé. Il faut harmoniser une réforme foncière pour éviter l'inflation législative⁸⁵ intégrant, selon des modalités souples et plus réalistes, la consécration de l'usucapion au bénéfice du possesseur. Une telle réforme devrait tenir compte des contraintes dues à la superposition, dans le temps, de droits divers et variés sur les mêmes espaces et ressources. Elle serait plus conforme aux exigences du contexte social actuel, marquée par une forte dépendance des populations vis-à-vis de la terre et des ressources. L'abandon du dualisme doit être synonyme de remplacement des régimes fonciers coutumiers autrement la mise à l'écart surtout lorsqu'il s'agit de la prescription acquisitive. D'ailleurs, le législateur souhaite adopter le principe selon lequel seul le titre foncier à travers une immatriculation sera retenu comme mode d'acquisition de la propriété foncière autrement dit c'est à l'issue d'une procédure d'immatriculation que le titre foncier est délivré. Or, cela suppose l'adhésion définitive au droit de propriété de type civiliste⁸⁶ et l'abandon de la superposition législative⁸⁷.

Le droit malien a semblé prendre en compte dans sa législation la dimension des droits fonciers coutumiers au point de créer une rupture à certaines institutions juridiques comme l'usucapion. Cette

⁸⁴ Au Cameroun, des textes spécifiques organisent les régimes de gestion de certains types d'immeubles. la loi n° 201/022 du 21 décembre 2010 relative à la copropriété des immeubles in P. J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 427.

⁸⁵ C. JAUFFRET-SPINOZA, « Pérennité, évolution ou désuétude des Codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, n° 20, 2005, p. 2686.

⁸⁶ F. Terre, Ph. SIMLER, *Droit civil - Les Biens*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 96 et s., notamment n° 81. Sur le caractère nécessaire de la propriété de type civiliste comme mode prépondérant et souhaité de protection des droits fonciers en Afrique, V. par exemple, F. K. DECKON, « La nature du droit de l'exploitant irrégulier du domaine foncier national togolais (*de lege ferenda*) », in *De l'Esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul-Gérard Pougoué*, Wolters Kluwer et CREDIJ (Centre de Recherches et d'Études en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique), 2014, p. 197-198.

⁸⁷ La superposition du Code domanial et foncier et la loi sur le foncier agricole.

rupture même si elle est prise par la dissuasion des droits coutumiers, il est malheureux de constater tous les risques juridiques que cela engendre surtout lorsqu'un possesseur ayant réuni les conditions par l'absence du propriétaire se voit retrancher un droit qu'il aurait pu bénéficier. Le dualisme retenu n'est pas une transition juridique mais plutôt une volonté de cohabiter des principes juridiques contradictoires. Ce qui n'est pas le cas dans d'autres législations comme au Cameroun où le législateur a consacré des périodes de transition. Selon Patrick Juvet Lowe Gnintedem⁸⁸, ce choix est de permettre aux populations de transformer les titres antérieurs de propriété foncière en vigueur au 5 août 1974 en titre foncier sont expirées⁸⁹. Le constat est qu'avant cette disposition, l'accession à la propriété foncière par l'effet de la possession ou de l'usucapion, a cessé de prospérer⁹⁰.

A la différence du législateur malien⁹¹, son homologue camerounais consacre désormais la méconnaissance des droits coutumiers⁹² et s'inscrit carrément dans l'approche moderne du droit

⁸⁸ P. J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 414-415.

⁸⁹ En vertu de l'ord. n° 74/1 du 6 juillet 1974 précitée, les titulaires des actes d'acquisition de terrains inscrits au *Grundbuch* ou selon les règles de la transcription ; les titulaires des livrets fonciers et des *certificates of occupancy* ainsi que ceux détenant les jugements définitifs, constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers sont invités à les transformer en titre foncier. Ils disposent pour cela d'un délai de 10 ans pour les terrains urbains et 15 ans pour les terrains ruraux à compter du 5 août 1974, date de publication de l'ordonnance (art. 4 et 5, ord. n° 74/1 du 6 juillet 1974 précité, modifié par l'ord. n° 77/1 du 10 janvier 1977).

⁹⁰ L'une des dernières décisions reconnaissant l'effet acquisitif de l'usucapion est l'arrêt *Fankam André*, C.S. Arrêt n° 36/CC du 19 avril 1984, Affaire *Fankam André c/ Mbouédé Joseph et Cheuko Rose*, inédit in P. J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 415.

⁹¹ Art. 43 du Code domanial et foncier.

⁹² A. D. TJOUEN, *Droits domaniaux et techniques foncières en droit camerounais : Étude d'une réforme législative*, Paris, Economica, 1982, p. 56 et s in P. J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 414.

même si la doctrine objecte que le droit transitoire demeure⁹³. L'usucapion doit être consacrée dans le Code domanial et foncier tout comme la loi sur le foncier agricole qui a emboité le pas dans son article 29. Elle doit servir de moyen pour acquérir un droit de propriété. En effet, dans la mesure où la politique foncière actuelle au Mali est de faire rentrer dans le commerce les terres⁹⁴, on peut constater que le dualisme entre droits fonciers coutumiers et droit moderne issu de la tradition romano-germanique ne favorise pas la reconnaissance de l'usucapion. En effet, cette reconnaissance des droits fonciers coutumiers est contestable. Mme Pascale Deumier rappelait que la coutume : « ... ne doit pas sa reconnaissance comme source du droit à un choix de l'admettre ou de la rejeter mais à un constat : elle est »⁹⁵. Ce qui n'empêche pas qu'elle puisse puiser sa force dans une reconnaissance formelle. Patrick Juvet Lowe Gnintedem laisse entendre que l'existence actuelle du pluralisme juridique impliquant droit moderne et droit coutumier se justifie par la persistance de la coutume, source du droit foncier que le législateur camerounais n'a pas pu évincer.

Quelque part, l'abandon de ce dualisme pour faire naître l'usucapion ne doit constituer une violation des engagements de l'Etat au plan international à savoir les droits de l'homme et ceux des populations autochtones⁹⁶. L'objectif n'est pas d'évincer les droits fonciers coutumiers mais de réhabiliter l'institution qu'ait

⁹³ J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 416.

⁹⁴ Le projet en cours est plus précis puisqu'il dispose dans son article 67 que le titre foncier est le seul moyen de céder les terrains à usage d'habitation. L'ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier dispose dans son article 4.

⁹⁵ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011, p. 66.

⁹⁶ La description de la notion d'« autochtone » est donnée dans l'« Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones » (E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add. 1-4), établie par le rapporteur spécial de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (aujourd'hui dénommée sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme) de l'ONU, M. J. MARTINEZ COBO.

l'usucapion. Sa reconnaissance controversée constitue sans doute une source d'insécurité foncière. D'ailleurs, l'on peut à l'observation des textes et de la pratique en matière foncière déduire que la persistance de l'application des règles coutumières dans l'acquisition de la propriété foncière au Mali ne favorise pas la reconnaissance de l'usucapion.

De toute évidence, l'abandon de ces postures législatives peut être un indicateur pour l'effectivité de la possession immobilière.

B. L'effectivité de la possession

L'effectivité en droit suppose le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement. C'est aussi le caractère d'une situation qui existe en fait, réellement (exemple : occupation effective d'un local ou d'une occupation de territoire sans maître)⁹⁷. De part cette définition, il est souhaitable de maintenir l'esprit du Code civil à travers la reconnaissance de l'effectivité dégagée (1) et la reconnaissance de l'effectivité de la jurisprudence sur l'usucapion (2).

1. La reconnaissance de l'effectivité dégagée par le Code civil

Le législateur malien voulant attribuer une reconnaissance aux droits fonciers coutumiers a créé un dualisme qui occulte les principes retenus en matière d'usucapion par le Code civil français. La réglementation est en général éparpillée. Si le Code domanial et foncier écarte un droit subjectif comme l'usucapion, la loi sur le foncier agricole l'admet comme une option de prescrire la propriété. C'est seulement cette loi qui consacre l'usucapion et limitée aux seules terres agricoles. Le régime général des obligations qui aurait pu consacrer la prescription acquisitive se borne à la prescription extinctive⁹⁸. Une telle omission explique depuis 1987 que le législateur n'est pas favorable à la consécration de l'usucapion surtout lorsqu'elle

⁹⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2011 p. 384.

⁹⁸ Les articles 147 à 259 de la loi N° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations.

s'inscrit dans la logique d'un droit subjectif. Le Code domanial et foncier, à l'origine de toute la controverse sur l'usucapion, n'ouvre aucune possibilité vers l'usucapion conformément à son article 131. Pourtant, ces textes dans la substance se reconnaissent du droit civil moderne à travers le droit romain, n'ont pas pu retenir l'usucapion telle que consacrée par le Code civil français. Au regard de l'enracinement du modèle romano-germanique il est plutôt souhaitable de consacrer l'usucapion en droit malien de façon élargie.

Plusieurs législations africaines comme celle de la Guinée Conakry⁹⁹, consacre l'usucapion conformément aux principes retenus par le droit romain. Ce choix résulte d'une analyse qui prouve que les droits fonciers coutumiers ne reflètent pas d'une certaine cohérence et provoquent parfois des difficultés en termes d'interprétation. Le législateur malien doit reconnaître que le Code civil est doté d'une rationalité qui peut justifier l'abandon des textes éparpillés pour uniformiser une seule pratique en adéquation avec le Code civil français. Cette approche est la mieux indiquée dans la mesure où l'option du dualisme ne permet pas de rendre applicable l'usucapion. En effet, l'esprit du Code civil retient qu'en matière patrimoniale, la prescription acquisitive fait figure de principe dans la mesure où l'usucapion a en effet vocation à s'appliquer non seulement à tous les biens, qu'ils soient immobiliers ou mobiliers, mais aussi aux autres droits réels, parmi lesquels les servitudes. Pour opérer, elle suppose une possession¹⁰⁰ continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire (article 2261 du code civil), ces conditions étant cumulatives. Il n'est pas nécessaire d'avoir

⁹⁹ En Guinée Conakry, l'article 787 du même Code civil dispose que : « celui qui acquiert un immeuble de bonne foi et par juste titre en acquiert la propriété au bout de 10 ans si le véritable propriétaire réside dans la région où est situé l'immeuble ». Art. 778 al. 1 du Code civil qui définit la prescription acquisitive ou usucapion comme étant un moyen d'acquérir par possession, durant un certain temps, la propriété d'un immeuble ou un droit réel immobilier comme, par exemple, un usufruit ou une servitude.

¹⁰⁰ L'article 2228 du Code civil définit la possession comme « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

possédé soi-même pendant tout le temps de la prescription : on peut joindre sa possession à celle de son auteur, c'est-à-dire de celui de qui on tire ses droits à titre gratuit (testament) ou onéreux (vente) (article 2235 du Code civil).

Aussi, les textes maliens ayant évoqué la prescription acquisitive, ne prévoient pas un même régime pour les délais. En effet, la complexité des régimes de prescription concentre le feu des critiques¹⁰¹ en raison de l'insécurité juridique qu'elle crée. Les délais sont en effet unanimement jugés trop nombreux, leur décompte s'avère délicat et leur qualification aléatoire. Le délai de prescription de droit commun, qui est aussi le délai le plus long, est fixé à trente ans pour la prescription acquisitive par le Code domanial et foncier en conformité avec l'article 2262 du Code civil et vingt ans par la loi sur le foncier agricole. Dès lors, les délais particuliers se multiplient et même en France au fil des années, du moins en matière de prescription extinctive, au point que M. Alain Bénabent, professeur à l'université de Paris 10, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, a pu parler de véritable « capharnaüm ». Le constat est qu'en France, les durées requises pour acquérir la propriété d'un immeuble, d'une servitude ou d'un meuble n'ont pas changé depuis 1804 et s'avèrent particulièrement contrastées. On retient toujours un délai de trente, vingt ou dix ans, selon les cas, pour acquérir un immeuble. Si le délai de droit commun pour acquérir un immeuble est de trente ans, il est abrégé à dix ou vingt ans, selon que le vrai propriétaire est domicilié dans ou hors du ressort de la cour d'appel où l'immeuble est situé, lorsque deux conditions supplémentaires sont réunies. D'une part, la bonne foi du possesseur, c'est-à-dire « la croyance de l'acquéreur de tenir la chose du véritable propriétaire », la bonne foi étant appréciée au moment de l'acquisition (article 2269 du code civil) et étant présumée (article 2268 du code civil) ; et d'autre part l'existence d'un juste titre, c'est-à-dire d'un acte translatif de

¹⁰¹ J.-J. HYEST, H. PORTELLI et R. YUNG, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, Rapport d'information n° 338 (2006-2007), fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 20 juin 2007.

propriété, passé à titre particulier et exempt de toute cause de nullité absolue. Tel est le cas du contrat de vente, du legs particulier et de la donation, mais non du partage ou de la transaction, qui sont des actes déclaratifs de droits¹⁰². La longueur de ces délais se justifie par l'atteinte au droit de propriété que constituent l'usucapion, l'importance économique des transactions immobilières et la nécessité d'assurer leur sécurité¹⁰³.

Le maintien du Code civil trouve toute sa valeur dans la consécration du principe du droit romain sur l'usucapion. Si l'objectif est de ne pas perdurer les textes anciens, tels qu'ils sont et la jurisprudence et le législateur œuvrent ensemble pour que le droit permette de trouver des solutions adaptées aux problèmes qui se posent, ou bien les textes anciens paraient vieillis, un code doit prendre sa place. Cette analyse soutenue par plusieurs doctrines comme le doyen Carbonnier qui estime que : « la codification est plus qu'un multiple de la loi, il y a en elle un esprit de système et de totalité, une intention de renouveau politique, en même temps qu'un espoir d'arrêter le cours de l'histoire » et même si comme le reconnaît

¹⁰² Une récente doctrine a tenté d'interpréter quelques dispositions du Code domanial et foncier pour faire entendre de l'existence d'un droit malien sur la possession. Mais cette doctrine est loin d'être fondée dans la mesure où les conditions de possession énumérées comme argument laissent voir plutôt l'existence des actes juridiques, mais incomplets puisque l'immatriculation à travers un titre est le mode objectif d'acquisition d'un droit de propriété. Il y a une spéculation commerciale derrière ces actes et qui explique clairement l'existence d'un droit de propriété et non une possession. La possession ne peut pas survenir suite à un acte juridique ou un contrat et de nature commerciale et si d'ailleurs elle est soutenue l'immense majorité de la population malienne serait en possession puisque les concessionnaires en général ne disposent pas de titre foncier. S. F. CISSOUMA, « Propriété et possession : théorie juridique complexe à refondre en droit malien », *Revue du CAMES*, vol. 1, n° 1, 2014, p. 118-122. D'ailleurs malgré les réformes, la proportion des titulaires d'un titre foncier reste marginale au sein des populations du Mali.

¹⁰³ Jean CARBONNIER, *Droit civil - Tome 3 - Les biens*, 18^{ème} édition, PUF, p. 351. 95 Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 21 mai 1979.

Portalis « on ne peut enchaîner le temps »¹⁰⁴. Le défi pour le législateur malien c'est donc la codification avec l'intégration de la possession dans toute sa dimension. Si l'adoption d'un Code est impérative, certaines difficultés existent. On se demande si le Code va largement s'inspirer du droit coutumier. Il y a là une question d'identité, de vertu et de valeur. Le Mali, étant donné qu'il partage les mêmes concepts du droit civil jusque-là les textes élaborés corroborent cette approche. Au-delà, de par son histoire notamment la domination coloniale, le Mali comme d'autres pays africains ont fait du mimétisme juridique dans la rédaction des premiers textes. Certes, il y a eu de l'évolution surtout au niveau communautaire de l'élaboration des textes prenant en compte les réalités en présence de nature économique ce qui justifie quelque part la refondation ou le renouveau d'une législation africaine. Mais, dans certains domaines comme en droit civil et particulièrement la possession immobilière sous l'angle de l'usucapion, il sera difficile de reconnaître et d'intégrer les approches coutumières. D'un point de vue scientifique, le droit coutumier en ce qui concerne la possession souffre d'une certaine inefficacité ou incertitude puisqu'elle repose en partie sur des valeurs morales qui en droit s'intègre difficilement. Cela justifie la nécessité de renouveler la notion de possession et l'adapter à un concept universellement reconnu.

Cet encadrement juridique de la possession va fixer les conditions relatives à son accession et aux modalités de protections. Dès lors on admet que la possession doit découler d'une situation de fait. Le Code civil français prévoit plusieurs dispositions qui encadrent la possession. Si la jurisprudence malienne se réfère au Code civil s'est déjà une évolution puisqu'elle ne peut être que de l'usucapion et les interdits. On démontre par-là que la possession du point de vue du droit n'a d'autre effet juridique que de produire l'usucapion et les interdits. Ce qui confirme encore la place même qu'elle occupe dans le

¹⁰⁴ C. JAUFFRET-SPINOSI, « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, n° spécial, p. 2685.

droit français ou le droit romain¹⁰⁵ dont le législateur malien recourt en général dans la *légifération* des textes de loi. Donc toute possession a trait soit à l'usucapion, soit aux interdits, et toutes les dispositions légales qui parlent de la possession à un point de vue juridique n'ont d'autre but que d'établir la possibilité de l'usucapion ou des interdits¹⁰⁶. Voilà une approche scientifique qui explique clairement la possession et qui consacre des outils nécessaires pour éviter toute situation pouvant créer des contentieux voire même du désordre et rendre effective la jurisprudence.

2. *La reconnaissance de l'effectivité dégagée par la jurisprudence*

Il est difficile de parler de l'existence de la jurisprudence en matière de prescription acquisitive au Mali. En effet, l'ambiguïté du contexte juridique dans lequel les juges maliens sont appelés à se prononcer dans les litiges en matière d'usucapion constitue déjà une limite importante à l'œuvre jurisprudentielle. Un obstacle qu'il faut remédier pour réhabiliter l'usucapion. En droit comparé le même souhait est exprimé par la doctrine camerounaise¹⁰⁷ et reconnu¹⁰⁸. C'est pourquoi il faut résoudre la législature malienne dans le sens de pouvoir permettre au juge dans certains cas de figure d'appliquer

¹⁰⁵ Ed. VERMOND, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ Selon l'article 2228 du Code civil : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Et le l'article 2261 du Code civil dispose que : « Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ».

¹⁰⁷ A. MINKOA SHE, « La place de la possession dans le droit foncier camerounais », *Communication aux travaux de l'Association Henri Capitant*, 1991, note 31, p. 439 et s. ; A. TIENCHEU NJIAKO, 2004, *Droits réels et domaine national au Cameroun*, Yaoundé, PUA, 2004, p. 357 et s. V. aussi, S. P. KOUAM, « Politique foncière et problématique du développement au Cameroun : questions d'hier, réponses de demain », *Droits et politiques de l'immobilier au Cameroun*, 2015, p. 389.

¹⁰⁸ J. LOWE GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 416.

l'usucapion. Celle-ci à l'état actuel ne peut aboutir à l'acquisition de la propriété, au sens absolu du terme, d'un bien immobilier. D'ailleurs, en cas d'expropriation, seul le détenteur d'un titre foncier peut se prévaloir d'une indemnisation conséquente¹⁰⁹. Donc les biens immobiliers non immatriculés sont considérés comme des situations provisoires. Le bénéficiaire d'un immeuble pouvant aboutir à l'usucapion peut faire l'objet d'une procédure de déguerpissement initiée par la puissance publique pour motif d'utilité publique¹¹⁰.

Pour rendre effectif l'application de l'usucapion, il est important de définir la preuve en matière d'usucapion. Déjà l'article 265 de la loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations fixe cinq modes de preuve à savoir l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu et le serment. Seuls ces modes peuvent établir la preuve d'une situation de fait juridique¹¹¹. Une délimitation qui peut constituer une limite à l'œuvre jurisprudentielle. Il faut admettre que cette incertitude des modes de preuve est propre aux pays de tradition civiliste¹¹² où l'accent est mis sur le principe de la liberté de la preuve. Ce qui fait admettre que les titres translatifs ou déclaratifs de propriété sont susceptibles d'être invoqués par celui qui prétend être propriétaire d'un bien immeuble à partir du moment où ces titres créent une présomption suffisante. Pour la présomption, l'article 553 du Code civil français dispose que toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est pas prouvé. L'article 1349 du même Code considère les présomptions comme des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Le fait connu dans la majorité des cas ici est que le propriétaire du fonds construit ou plante à ses frais sur son

¹⁰⁹ Art. 240 du Code domanial et foncier.

¹¹⁰ En effet, au Bénin et au Togo, les procédures judiciaires doivent précéder d'une voie à l'amiable. El. A. HOUNKPATIN, *L'appropriation en droits fonciers béninois et togolais*, Université Abomey Calavi, Thèse, 12 oct. 2018.

¹¹¹ Art. 265 du RGO.

¹¹² Ass. H. Capitant, *Les droits de traditions civiliste en question*, Société de Législation comparée, 2006 (vol. 1 et 2).

terrain ou dans l'intérieur du terrain ou son sous-sol. Le fait inconnu est celui de savoir si la réalité respecte la donnée statistique générale ou s'en écarte. L'article 553 du Code civil français déclare donc une présomption selon laquelle le cas d'espèce est censé être conforme au cas général, sauf preuve contraire.

Pratiquement, si le tiers affirme être propriétaire soit des matériaux employés dans la construction soit de la construction elle-même qu'il prétendra avoir édifiée à ses frais, il devra faire la preuve de ce qu'il avance. Ce tiers constructeur devra établir aussi qu'il n'a pas agi dans l'intérêt d'autrui, ni du propriétaire, ni même d'une tierce personne¹¹³. Evidemment, la preuve est recevable par tout moyen. La présomption est détruite s'il est établi que c'est pour son propre compte, sur ses plans et en partie de ses mains et en justifiant de dépenses engagées par lui pour la construction. Par exemple, un père a édifié une maison sur un terrain appartenant à sa fille, avec le consentement de celle-ci¹¹⁴. *A fortiori*¹¹⁵, la preuve contraire peut résulter d'un titre. Le locataire peut se prévaloir de la stipulation de son bail qui l'oblige à effectuer des ouvrages sur le fonds loué et prévoit que le propriétaire du sol s'engage à les reprendre à la fin du contrat, afin de détruire la

¹¹³ C. Cass., Civ. 3e, 12 mars 1970, no 67-14067, *Bull. civ. III*, no 193 ; *D.* 1970, p. 562 : C'est l'emphytéote et non la société qu'il dirigeait et qui a assumé le coût des constructions sur le terrain objet de l'emphytéose qui doit être considéré comme ayant la qualité de constructeur. C. Cass., Civ. 1e, 27 mai 1963, *Bull. civ. I*, no 281 ; C. Cass., Civ. 1e, 21 novembre 1967, aff. Denessen, *Bull. civ. I*, no 340 ; *D.* 1968, p. 134 ; C. Cass., Civ. 1e, 3 mars 1982, aff. Chabalier, *inédit* ; C. Cass., Civ. 3e, 28 mai 1986, n° 85-10.367, *Bull. civ. III*, no 83 ; *JurisData* no 1986-700995 ; *RTD civ.* 1987, p. 366, obs. Ph. RÉMY ; CA Angers, 1^e ch., sect. A, 1er octobre 1986 : *JurisData* n° 1986-044804.

¹¹⁴ C. Cass., Civ. 3e, 7 novembre 1978, n° 77-13.045, *Bull. civ. III*, no 335 ; *JurisData* no 1978-099335 ; *RTD civ.* 1980, p. 129, obs. Cl. GIVERDON.

¹¹⁵ En vertu d'une raison plus forte (*V. Locutio, A fortiori* [en ligne]. Disponible sur l'Internet : <<http://www.locutio.net/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=6366>> (consulté le 27/02/2011)) in G. WICKER, *L'acquisition de la propriété par accession des biens en droit vietnamien – comparaison avec la France*, Université Montesquieu – Bordeaux IV, thèse, 4 décembre 2012, p. 166.

présomption de l'article 553 du Code¹¹⁶. L'on peut aussi avoir recours aux indications cadastrales. Dans ce cas de figure, la charge de la preuve de la propriété immobilière incombe non pas à celui qui est possesseur de ce bien mais au revendiquant¹¹⁷. C'est à ce dernier de rechercher à établir son droit en identifiant parmi la gamme des moyens qui lui sont présentés celui qui lui paraît le plus pertinent. Ce qui peut sembler difficile dans la mesure où le législateur établit les modes de preuve contrairement au Code civil français¹¹⁸.

L'effectivité de la jurisprudence en matière de prescription acquisitive se justifie par la difficile appréhension de la preuve quant à l'écoulement du temps. Pour le juge, il s'agit de constater l'occupation des lieux conformément à l'article 2261 du Code civil. La liste des actes matériels dont le possesseur doit apporter n'est jamais exhaustive (relevé cadastral au nom de l'occupant, avis d'imposition de l'impôt foncier etc.) La troisième chambre civile de la Cour de cassation française, dans sa décision du 14 avril 2016, a considéré que constitue un indice sérieux de propriété le fait pour un occupant d'obtenir l'expulsion d'autres occupants et l'on considère la réaction de cet occupant comme celle que ferait le véritable propriétaire de l'immeuble en question¹¹⁹. Ces procédures sont pour le moment quasi rares dans les juridictions maliennes dans la mesure où il apparaît que les juges maliens n'ont pas été confrontés à la survenance de conflits entre les différents indices et éléments de preuve en matière d'usucapion. C'est d'ailleurs le même constat au Tchad selon Benjamin Bénan¹²⁰.

Au Mali il faut admettre que les conflits les plus fréquents concernent les cas de possession contre possession surtout en droit

¹¹⁶ C. Cass., Civ. 1e 1^{er} juillet 1963, *Bull. civ. I*, no 356 ; *JurisData* n° 1963-000356.

¹¹⁷ L'art. 262 du RGO dispose que : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence ».

¹¹⁸ Art. 1358 du Code civil dispose que : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».

¹¹⁹ Pourvoi n° 14-26160.

¹²⁰ B. B. DJIKOLOLOUM, *op. cit.*, p. 93.

foncier coutumier, la possession contre le titre foncier ou de titre contre le titre. De toute évidence, l'usucapion s'efface devant un titre. La loi sur le foncier agricole qui consacre la prescription précise qu'une attestation de possession foncière ne peut prétendre à la prescription de la propriété lorsque la terre en question est immatriculée¹²¹. Il faut ébranler ce principe et admettre l'usucapion lorsque la preuve du possesseur a une ancienneté incontestable. Si la jurisprudence malienne est timide c'est parce la priorité est souvent accordée à la cohésion sociale. Or, les conflits fonciers émergent et l'usucapion peut être un moyen pour le juge de trancher dans la plus grande transparence. La réhabilitation de l'usucapion de la jurisprudence malienne est sans doute une alternative dans la mesure où les institutions traditionnelles à travers les droits fonciers coutumiers sont incapables de résoudre les différends de nature foncière. De toute évidence l'indélicatesse de certains agents de l'administration domaniale et cadastrale, le non-respect des procédures d'expropriation, de déguerpissement, le phénomène de la double attribution par les maires¹²² de la même parcelle à deux ou plusieurs demandeurs, la double cession par le conseil de famille¹²³ ou un particulier du même terrain à deux acquéreurs différents, les occupations anarchiques des réserves publiques sont autant d'argument pour justifier la réhabilitation de l'usucapion par la jurisprudence.

*

¹²¹ Art. 29.

¹²² Le 21 juillet 2015, à travers un communiqué de presse de la directrice nationale des domaines et du cadastre il a été procédé de l'annulation des titres fonciers pour double attribution et non-respect de la procédure de cession d'actes administratifs. On rappelle que tous les actes en question sont des attributions du maire du district de Bamako transformées par la suite en titres fonciers, tous sis à Magnabougou rural, secteur 1 à 4.

¹²³ Art. 17 de la loi sur le foncier agricole retient des critères pour la transaction. Cependant, on constate que dans la pratique, le conseil de famille ne requiert pas les critères de transparence.

La possession juridique à travers l'usucapion connaît de plus en plus de nombreux débats¹²⁴. Malgré qu'il soit encore classique de par ses principes, on constate que certaines législations ne soient pas en parfaite harmonie avec la logique qui l'encadre. Le Mali comme beaucoup d'autres États de l'Afrique francophone ne dispose pas d'un Code civil qui intègre toutes les questions relevant du droit civil. La législation est dispersée et ineffective dans la mesure où les dispositions non prévues le juge malien doit se référer au Code civil ou à la jurisprudence française. On constate alors une dépendance normative qui n'est pas sans conséquence puisque certains sujets comme la prescription acquisitive se trouvent dans une situation perplexe ce qui amène la discorde en cas de conflit foncier. Un dualisme juridique qui agite parfois les pratiques coutumières. Or, il y a une controverse en termes d'approche voire de résultat. C'est d'ailleurs toute la subtilité des lignes précédemment développées.

Ainsi, on reconnaît le rôle et toute l'importance de la possession sous l'angle de l'usucapion. Les approches du droit civil et des droits fonciers coutumiers se divergent, mais loin d'être aux antipodes en ce qui qualifie la possession d'une situation de fait. Les droits fonciers coutumiers ne consacrent pas un régime uniforme sur l'usucapion d'où les vertus probatoires ne sont pas reconnues. L'usucapion divise sans doute les textes juridiques à savoir le Code domanial et foncier et la loi sur le foncier agricole. Une controverse dont le maintien serait une source d'engendrement des contentieux fonciers. Il est souhaitable de consacrer l'usucapion conformément aux principes retenus par le Code civil français sans quoi la timidité du juge malien sur l'usucapion s'accroîtra. Un regret qu'il faut réparer dans la mesure où sa réhabilitation peut permettre au juge de l'utiliser comme un moyen de règlement des conflits fonciers.

La réforme du régime juridique de la possession est sans doute une reconnaissance des droits subjectifs souvent occultés par le législateur.

¹²⁴ S. F. CISSOUMA, *op. cit.*, p. 118-122 ; B. B. DJIKOLOLOUM, *op. cit.*, p. 69-96.

La prescription acquisitive ne doit pas être perçue comme une adversité mais plutôt une alternative d'y accéder à la propriété. C'est une institution millénaire du droit qui doit nécessairement retrouver une place dans l'ordre juridique. L'usucapion ne doit plus être perçue comme un mécanisme visant à légitimer les droits des usurpateurs d'un bien immobilier mais plutôt une reconnaissance à accorder à un possesseur de bonne foi dont le concours a été utile. Cette hostilité face à l'usucapion crée davantage de difficulté pour le juge dans le règlement de certains conflits fonciers. L'extension de l'usucapion peut servir de moyen pour ses bénéficiaires, d'entrer en possession de droits provisoires sur un bien immobilier. Sans la volonté de tempérer l'accueil de la prescription acquisitive, les conflits fonciers risqueraient de régénérer et créeraient au passage un foisonnement des contentieux devant le juge malien.

BIBLIOGRAPHIE

Textes

Loi n° 2017-001 du 11 avril portant sur le foncier agricole
Loi n° 2017-15 modifiant et complétant la loi n° 2013-01 du 14 août 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin
Ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier
Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987 portant régime général des obligations
Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures

Ouvrages

BIMAGHRA I., *Les modes d'acquisition de la propriété immobilière par la possession : en droit romain, droit belge et droit anglais*, Université de Liège, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Travail de fins d'études de Master en droit, à finalité spécialisée en mobilité interuniversitaire, 2017-2018, p. 19-41
CAPITANT Ass. H., *Les droits de traditions civiliste en question*, Société de Législation comparée, 2006 (vol. 1 et 2)
CARBONNIER J., *Droit civil, t. 3, Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000, n° 8, p. 25
CHEVALLIER J., « Souveraineté et droit », in D. MAILLARD DESGREES DU LOÛ, dir., *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2005, p. 203-204
CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, puf, 9^e éd., 2011, p. 770
CORNU G., *Droit civil, les biens*, Montchrestien, L. G. D. J., 13^e éd., 2007, 377 pages
DELAFOSSÉ M., *Haut-Sénégal-Niger, les civilisations*, Tome III, Maisonneuve et Larose, Paris, 1972, p. 1

- DELMAS MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, 462 pages
- DUPONT DELESTRAINT P., *Droit civil, les biens*, Dalloz, Paris, 1979, p. 51
- GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Paris, Lextenso éditions, 2009, p. 239
- GERKENS J.-F., *Droit romain : Petits lexiques et documents de travail*, éd. 2015-2016, Liège, Éditions de l'Université de Liège, 2015, p. 53
- GONIDEC P. F., *Les droits africains, évolution et sources*, collect. « Bibliothèque africaine et malgache », Paris, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, 276 p.
- HOUNKPATIN El. A., *L'appropriation en droits fonciers béninois et togolais*, Université Abomey Calavi, Thèse, 12 oct. 2018
- PAISANT G. (dir.), *De la place de la coutume dans l'ordre juridique haïtien, Bilan et perspectives à la lumière du droit comparé*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 23
- PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Genève, Schulthess, 2008, p. 272
- SCHMIDLIN B., *Droit privé romain I : origines et sources, famille, biens, succession*, Genève, Bruylant, 2008, p. 185 et 207
- TERRE F., SIMILER Ph., *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9e éd. Paris, 2014, p. 55
- TERRE F., SIMILER Ph., *Droit civil, les biens*, Dalloz, 7e éd., 2006, n° 774, p. 684, in S. SCHILLER, p. 136
- VERMOND Ed., *Théorie générale de la possession en droit romain*, L. LAROSE, 1895, p. 7
- WICKER G., *L'acquisition de la propriété par accession des biens en droit vietnamien – comparaison avec la France*, Université Montesquieu – Bordeaux IV, thèse, 04 décembre 2012, p. 166
- ZACHARIAE Th. M. : *Die Lehre des roem. Rechts vom Besitze und der Verjaehrung (Théorie romaine sur la possession et la prescription)* avec un appendice sur la *fructuum perceptio*. Breslau, 1816, 8°

Revues

CAPITANT Association Henri, « Proposition de réforme du livre du code civil relatif aux biens », *Association Henri CAPITANT, des Amis de la Culture juridique française*, p. 7

CHEVALLIER J., « Introduction. La normativité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 57

FRISON-ROCHE M.A., « Contrat, concurrence, régulation », *Revue trimestrielle de droit civil*, juillet-septembre 2004, pp. 451 sq.

CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », in Colloque de clôture du programme de recherche « Le système juridique à l'ère de la contractualisation », développé au sein du *Centre René DEMOGUE de l'Université Lille 2*, oct. 2007, p. 5

CISSE A., « Saisir le bonheur par le droit », *observatoire du bonheur*, www. Africalegis. Com.

CISSOUMA S. F., « Propriété et possession : théorie juridique complexe à refondre en droit malien », *Revue du CAMES*, vol. 1, n° 1, 2014 p. 118-122

DECKON Fr. K., « La nature du droit de l'exploitant irrégulier du domaine national togolais », in de l'esprit du droit africain, in *Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoue*, éditions, Wolters kluwer, CREDIJ, Cotonou, p. 181

DJIKOLOLOUM B. B., « L'usucapion en matière immobilière dans le droit positif tchadien », *Revue africaine de sciences politique et sociales*, n° 16, janvier 2018, p. 69-96

DJOGBENOU J., « L'exécution forcée en droit OHADA », 2^{ème} éd., CREDIJ, 2011, Cotonou, p. 247

JAUFFRET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, n° spécial, p. 2685

JAUFFRET-SPINOSI C., « Pérennité, évolution ou désuétude des codes : aspects de droit comparé », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, n° spécial, p. 2686

KOUASSIGAN G.-A., *L'homme et la terre, droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, Col., Office de la Recherche Scientifique et Technique Outre-Mer, nouvelle série n°8, 1966, p. 54

LOWE GNINTEDEM P. J., « Pluralisme juridique et accès à la propriété foncière en Afrique : réflexion sur la persistance de la coutume à partir de l'expérience camerounaise », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2016-1 XLI-116, p. 421

NDIAYE MBAYE M., « Les transactions immobilières au Sénégal », in de l'esprit du droit africain, in *Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, éditions, Wolters kluwer, CREDIJ, Cotonou, p. 519

OPPETIT B., « Sur la coutume en droit privé », *Revue Droits*, n° 3, 1986, p. 46

RAYNAUD de LAGE N., « L'entretien : contribution à l'épreuve de la notion de conservation », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001-4, p. 1270.

SSOSSA D. C., DJOGBENOU J., « Introduction à l'étude du droit », éd., *Credij*, Cotonou, 2010, p. 36

SSOSSA D. C., « Introduction à l'étude du droit », éd., *TUNDE*, Cotonou, 2007, p. 40, n° 45

Webographie

www.droit-afrique.com

www.cairn.info

LA DIVINITÉ DÉSACRALISÉE : LE FONCIER DANS UNE SOCIÉTÉ POLYCÉPHALE : LE CAS DES DIDA DE LAKOTA

Kadi DAGO

RÉSUMÉ

Plus que les lois, la désacralisation des coutumes en général, et de la terre en particulier, résulte des comportements guidés par l'économie du marché. Ces transformations désacralisantes trouvent leur terreau dans la société anétatique Dida de Lakota laquelle notamment par sa structuration anarchique, portent un coup dur à la déesse terre. Les actions de gestion foncière des seniors, par la violation des règles coutumières foncières, les exposent à la défiance des cadets. Et les cadets prenant prétexte à tort ou à raison de cette irresponsabilité, mais surtout mus par la recherche de gains personnels induite par la modernité, finissent par ruiner à jamais l'espoir d'un respect dû aux coutumes indigènes notamment foncières.

En effet, les actions aussi bien des seniors que des cadets dénaturent le régime juridique foncier, avec la remise en cause des intérêts prétendument défendus par les deux parties ; les uns devant les instances coutumières, les autres devant les tribunaux de droit commun. Toutefois, les exigences d'un développement économique harmonieux devraient concilier l'impérieux respect des coutumes indigènes et les règles du droit commun d'autant que les premières restent irréductibles car effectives et les secondes quelque peu formelles.

Un pauvre travailleur se fait bâtir une maison avec ses deniers au prix de mille sacrifices pour loger sa famille. Il reçoit un visiteur venu

d'une contrée lointaine par hospitalité africaine. Après quelques jours de cohabitation, le visiteur fait dire à l'hôte que la maison aussi bien que tous les occupants de son chef lui appartiennent désormais.

Surpris, l'hôte se demande bien si son visiteur possède bien toutes ses facultés mentales. En effet, tel semble être les rapports entre l'homme et la terre ; réceptacle, génitrice, nourricière et cimetière du visiteur imprudent homme.

En droit traditionnel, même si la propriété des droits coutumiers est reconnue aux premiers résidents, du moins aux hommes, ceux-ci n'en sont que des gestionnaires, car la terre appartient à Dieu. « Genèse 1 : 1 et Psaume 24 : 1 proclament Dieu le créateur de toute chose. La Bible stipule, en effet, dès le premier verset : "Au commencement Dieu créa les cieux et la terre". Et elle renchérit au Psaume 24 : 1-2 : "La terre et ses richesses appartiennent à l'Éternel. L'univers est à Lui avec ceux qui l'habitent". Le propriétaire primordial de la terre est donc Dieu »¹ qui la donne aux hommes pour qu'ils en vivent, et aux défunts, aux ancêtres comme habitacle. Partant, la terre est l'intermédiaire entre les morts et les vivants. Ainsi, l'on vit de la terre et l'on vivra dans la terre. C'est donc le commencement de toute vie et en même temps la fin toute vie².

La terre est un être, mieux une divinité, une divinité féconde, « sève nourricière des vivants et des choses avec lesquelles le matériel et l'immatériel ont des relations d'existence³ ». Dans toutes les civilisations de la planète, la terre a toujours fonctionné dans les mentalités collectives comme le connecteur du sacré si ce n'est le sacré lui-même⁴. Elle connecte, en effet, l'homme avec le cosmos, par elle, il intègre l'univers des êtres⁵. La terre est sacrée. On comprend, dès lors, pourquoi quiconque perd la terre perd la double existence. On

¹ B.S. NENE BI, *Histoire du Droit et des Institutions Méditerranéennes et Africaines, des origines à la fin du Moyen-âge européen*, Abidjan, ABC, Édition 2019, p. 234.

² *Idem*, p. 131.

³ *Idem*, p. 130.

⁴ *Ibidem*.

⁵ B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, Abidjan, CNDJ, 2^{ème} édition, 2016, p. 102.

comprend aussi pourquoi la terre a un caractère inaliénable en Afrique traditionnelle⁶. La terre est incrustée dans la conscience des hommes, elle les modèle, modèle leur « création » et leur vie. La terre, en effet, était pour ces populations, non pas une chose à s'approprier, mais un « être » auquel on demandait le strict minimum pour la survie du groupe et qui inspirait un profond respect. Comment pouvait-il en être autrement ? C'est un être permanent, stable, que la coutume rend, par ailleurs, indisponible pour que chaque génération transmette intacte à la suivante "le patrimoine commun"⁸.

Cependant, c'est une divinité sans cesse violée dans une société polycéphale, ou acéphale, qu'est la société Dida. Dès lors, l'inaliénabilité, à l'origine garantie par les coutumes, va se trouver diluée, voire même, désormais, sans existence. Les raisons en sont à la fois d'ordre structurel et conjoncturel. Mais conclure à partir de là que les conflits n'existent pas dans les sociétés étatiques serait un leurre. Sauf que dans la société démocratique, la société du pouvoir politique saisonnier, ces conflits sont aggravés en raison de son anarchie consubstantielle.

Les causes structurelles de la violation de ce principe divin qu'est l'inaliénabilité de la terre tiennent à l'instabilité due à l'absence, dans la société Dida, d'un pouvoir politique centralisé capable de catalyser une gestion stable de cet être sacré –la terre–, une société dans laquelle des chefs sont établis et destitués de façon presque anarchique, où opère parfois une double chefferie avec des chefs institués mais non reconnus par les autorités, ou des chefs établis ; ici par le pouvoir étatique, mais contestés par les populations.

Quant aux causes conjoncturelles, elles sont dues à un facteur exogène : la colonisation. La période coloniale a marqué incontestablement le début de la révolution rendant courantes différentes formes d'aliénation –donations, prêts, ventes, trocs, locations– liées à une question d'ordre financier ; car, en Côte d'Ivoire, pendant la période précoloniale où l'économie marchande n'avait pas

⁶ B.S. NENE BI, *idem*, p. 103.

⁷ B.S. NENE BI, *Histoire du Droit et des Institutions ...*, p. 131.

⁸ B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, p. 104.

encore pénétré nos sociétés traditionnelles, les terres étaient inaccessibles et ne pouvaient pas faire l'objet de transactions économiques. Mais avec l'évolution historique au cours de la période coloniale, les données ont changé. L'évolution des conceptions coutumières, correspondant au mouvement général de transformation de l'homme noir, et à la désintégration de la famille de type traditionnel, induites par la colonisation, a eu pour conséquences un véritable changement de mentalité chez l'Africain⁹. Ce qui amena les individus à briser les cadres rigides qui limitaient les initiatives individuelles, et a abouti au déclin de l'autorité du chef coutumier. Ce qui aura eu pour conséquence majeure, en Afrique Noire, « l'éclatement de la cohésion familiale et tribale, et la poursuite du gain le meilleur et le plus personnel possible ...¹⁰ ».

Ainsi, le développement de l'économie du marché aboutira-t-il à la violation du principe divin de la sacralité de la terre et posera nécessairement un problème relatif au contrôle de la gestion de la terre. Mais, comment gérer la question financière liée à la divinité Terre dans une société polycéphale –la société Dida de Lakota– ? En quels termes se pose la question de la gestion foncière dans la société anarchique ? En d'autres mots, comment gérer la terre divinisée dans une société sans tête ? Comment gérer le stable dans l'instabilité ? Comment gouverne-t-on la divinité terre dans une société sans gouvernants mais essentiellement tributaire de mécanismes de régulation politiques et des organes d'intervention périodiques ?

Nous tenterons de répondre à ces interrogations en analysant successivement les métamorphoses des droits relatifs à la gestion

⁹ L'objectif du colonisateur était d'amener l'Africain épouser les systèmes juridiques européens qui font de la terre un élément du patrimoine individuel. Pour ces systèmes, la propriété n'était concevable qu'individuelle (article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). B.S. NENE BI, *Introduction historique au droit ivoirien*, p. 290).

¹⁰ André P. ROBERT, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Paris, Editions de l'encyclopédie d'outre-mer, 1955, 255 pages, p. 117.

foncière (I), qui donnèrent lieu à un régime juridique dénaturé, avec un changement de la nature du conflit en Droit traditionnel (II).

I. Les avatars de la gestion foncière

La gestion foncière était par principe dévolue aux anciens qui, de par leur position de représentants des ancêtres, étaient plus proches des divinités de la terre. Ce sont eux qui imprégnés, voire pénétrés des valeurs ancestrales nécessaires au maintien de l'harmonie avec les puissances supérieures gouvernant cette société, ont le pouvoir de les transmettre (A). Cependant, la gestion foncière va changer de main suite à la conjugaison de plusieurs phénomènes induits par la nouvelle société (B).

A. Le principe « sénioral » de gestion foncière devenu exception

Le patrimoine était considéré comme la propriété personnelle de l'ancien, mais une propriété limitée par les droits que les membres de la parentèle tenaient de leur qualité de fils¹¹. En sa qualité de propriétaire de la terre, il lui appartenait d'apporter aide et assistance aux membres de la famille. Et cette assistance se traduisait par une concession de terre. Les membres de la famille, qui étaient tous considérés comme ses enfants n'avaient qu'un simple droit de jouissance qui leur donnait d'occuper et d'exploiter la terre. C'était des *alieni juris*. Le chef –le *sui juris*– était le propriétaire personnel, non seulement de la terre mais de l'eau¹². Son droit de propriété personnel s'expliquait, selon Sohier, par le fait que le chef est l'incarnation du groupe. En conséquence, il présidait à la destinée de son groupe, les membres du groupe étaient tenus d'une obligation d'obéissance à la hiérarchie, l'atteinte à l'honneur du chef étant une action infamante.

A cette qualité de propriétaire se joignait celle de prêtre de la terre qui faisait du chef un personnage sacré. En cette double qualité, le

¹¹ M. SOHIER, *Droit Coutumier du Congo Belge*, Editions de la Revue Juridique du Congo Belge, Elisabethville, 1946, p. 9, cité par André P. ROBERT, *op. cit.*, p. 113.

¹² André P. ROBERT, *op. cit.*, p. 112.

chef ou l'ancien du groupe social était seul habilité à mener des transactions relativement à la terre, sans pour autant nuire aux droits acquis des membres de son groupe. Dès lors, le chef recourait à leur avis pour toute transaction à entreprendre. Chacune de ses décisions était discutée en palabres, et n'était finalement applicable qu'après que les chefs de foyer y aient adhéré¹³. En effet, comme l'affirme Maryse Raynal, « Le chef, dans la société traditionnelle, n'est jamais un despote. Il sait écouter son peuple et ne prend les plus graves décisions qu'après avoir consulté le conseil des notables et des vieux qui veille à ce que le chef n'outrepasse pas ses pouvoirs légitimes¹⁴ ». Ainsi, l'aliénation du territoire commun qu'il gérait dans l'intérêt du groupe était-elle, par principe, décidée par lui, mais avec l'avis favorable de ses dépendants, puisque la propriété, est « un droit possédé concurremment par tous les membres du groupement¹⁵ ».

Au regard de cela, nous pensons que l'avis des membres du groupe n'était pas simplement consultatif, il restait conforme. Le chef était tenu d'y recourir avant tout, et de s'y tenir. Ainsi, quelquefois, l'attente des membres du groupe peut se poser comme une exigence dont l'inexécution par le chef du groupe peut se présenter comme un frein à l'exercice d'une autorité paternelle absolue. Le respect de ses obligations est, d'ailleurs, ce qui lui garantit le respect et la soumission de ses dépendants.

Dès lors, la non-satisfaction des attentes des membres du groupe a-t-elle toujours provoqué une révolte contre les décisions du chef en tant qu'aîné ou le plus ancien du groupe. Or, l'atteinte à l'honneur du chef était, dans nos sociétés traditionnelles, une action infamante, qui déshonorait à la fois l'aîné et les ancêtres, les puissances telluriques.

¹³ E. DUNGLAS, « Le coutumier Bété », *Coutumiers de l'AOF*, cité par André P. ROBERT, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, p. 78-79.

¹⁴ Maryse RAYNAL, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵ G. MALENGREAU, *Les droits fonciers coutumiers chez les indigènes du Congo Belge. Essai d'interprétation juridique*, Bruxelles, IRCB, 1947, XV, 2, p. 207-110, cité par B. S. NENE BI, *Histoire du Droit et des Institutions...*, Edition 2019, p. 138.

Cependant, et bien malheureusement, au pays Dida de Lakota, il n'y a pas de pouvoir hiérarchique qui polarise les conduites sociales. Ainsi, le sacré est-il parodié, chacun s'arroge des droits sur la gestion de la terre, et la gestion à titre exceptionnel du divin par les cadets devint le principe.

B. L'exception cadette de gestion foncière restée principe

Suite à la transformation de l'Africain, la propriété des droits coutumiers n'est plus reconnue aux seuls anciens, aux seuls aînés. Elle a fait des cadets une figure de proue dans la gestion du divin : la terre. L'homme a acquis une individualité économique qui lui offre désormais la possibilité de conserver le fruit de son travail sans qu'il tombe dans le fonds familial commun. Dès lors, l'individu ne travaille plus pour assurer la subsistance du groupe, mais la sienne propre. A cet effet, il lui faut des terres propres pour maximiser ses profils personnels.

Mais, faut-il le noter, la désintégration de la famille est aussi reprochable au chef de famille lui-même. Le chef qui, en principe, n'a pas un droit de propriété éminent, exerce une sorte de tutelle foncière en tant que « père commun ». Par ailleurs, la mise en culture de la terre exige la participation de tous : hommes, femmes, enfants, etc.¹⁶. Dès lors, le chef doit recourir à l'adhésion de tous pour tous genres de transactions foncières. Or, bien souvent il arrive que le chef s'accapare les biens appartenant au groupe familial et les gère comme sa propriété personnelle, se lance dans des cultures de rente pour s'établir une autorité financière propre en vue de renforcer sa domination sur le groupe. Aussi, les convoitises et le désir démesurés des cadets de s'enrichir ici et maintenant de même que certains lévirats mal gérés notamment au détriment des orphelins et des veuves sont les raisons de véritables révolutions. Et dans cette société où l'on recherche l'homme de la situation, société où la bravoure intronise, on assiste à une revanche des cadets. D'où cette révolte des cadets.

¹⁶ B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, p. 102.

Mais comment imaginer la gestion du sacré sans le sacré ? Ne sont-ce pas les anciens qui, en tant que maîtres de terres, les ont reçues des ancêtres à la suite d'alliances avec eux ? Ne sont-ce pas eux les représentants de l'ancêtre commun, sorte de lien entre la terre et les hommes qui l'exploitent ? Et pourtant, de nos jours, les anciens sont évincés de leur fonction naturelle de seuls gérants de la terre, leur autorité est tombée en ruine. De là surgissent de nombreuses difficultés pour la répartition des terres, mais aussi de nombreux problèmes dans la gestion foncière. Les terres sont vendues "tous azimuts". Or, « L'attachement au sol est une preuve de l'attachement aux ancêtres dont les esprits veillent sur le groupe. Ainsi, vendre la terre, c'est renier ses ancêtres, c'est être un parricide, c'est se priver de la protection et refuser la prospérité¹⁷ » pour soi et pour les générations futures exposées au danger d'expropriation ou de dépossession. Ainsi, assiste-t-on fréquemment à des conflits de tous genres entre membres d'une même parentèle, des parricides, des fratricides, relativement à la gestion foncière. Un journaliste décriait que « partout dans les départements de Divo et de Lakota, les villages et campements sont infestés de litiges fonciers à cause de la vente abusive des terres qui a fréquemment cours dans les régions. Ces litiges fonciers souvent très violents, entravent la cohésion sociale et compromettent les investissements¹⁸ ».

C'est encore la révolte des cadets qui met, aujourd'hui, en avant, la femme dans la gestion de la terre ; car dans la coutume des Dida de Lakota, la femme, en principe, n'avait pas le droit à la maîtrise de la terre, ni n'héritait de la terre de son père. Cependant, aujourd'hui, les femmes revendiquent la propriété des terres en tant que descendantes du précédent gérant. Elles prétendent avoir autant de droits sur les terres que leurs frères, ou se proclament seules héritières de leur père, lorsque parfois celui-ci n'a pas eu d'enfants mâles. Qui plus est, elles sont veuves abandonnées avec leurs progénitures victimes de la gestion outrancière d'un oncle héritier coutumier.

¹⁷ B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, p. 104.

¹⁸ Dossier de *Notre voie* du 3 avril 2008, réalisé à Divo, par Ibo Cheick OUMAR

Le comble advient lorsque ce sont les allochtones, voire allogènes, qui distribuent les terres en fraude des droits coutumiers ou en raison de leur position politique et ou financière. Dans cette région, il est courant et même normal que ces personnes étrangères aux dieux telluriques gouvernent des transactions foncières et dirigent des coopératives agricoles.

Que dire alors quand ce sont les chefs eux-mêmes qui se font complices de la violation des droits qu'ils étaient sensés défendre ? Selon le professeur Lamine Dembélé, les chefs jouent un double rôle dans la gestion foncière : d'une part, un rôle de stabilisateur parce qu'ils sont des référents culturels et culturels à travers l'exemplarité, l'accessibilité et la maîtrise des cérémonies. D'autre part, en leur qualité d'auxiliaires de l'administration, ils restent son allié dans le règlement des litiges et les garants de l'ordre public local. Par ailleurs, les chefs, aux dires du professeur Dembélé, jouent à certains égards, un rôle déstabilisateur en tant que vecteurs de la spéculation et d'insécurité. Ils se présentent certaines fois comme des concurrents de l'autorité administrative. Ceci provient au moins de trois causes : primo institutionnellement ; quand le chef démis de ses fonctions se venge de ses anciens administrés ; secundo, quand le chef profitant de ses prérogatives détourne le pouvoir à son profit pour régler un problème personnel ; tertio ; quand le chef honteusement poursuit un intérêt de lucre et par là-même entraîne dans sa déchéance la déesse terre. La pire des situations se produit quand la vente des terres devient comme une sorte de revenu mensuel ou de budget familial en sorte qu'on les vend soit pour aller louer une maison en ville soit pour faire face aux dépenses des nombreuses funérailles.

La révolte des cadets est source d'un véritable désordre dans la société Dida, désordre qui aboutira inéluctablement à la dénaturation du régime juridique foncier, avec pour conséquence l'individualisation du conflit à l'origine communautaire.

II. Le régime juridique foncier dénaturé

Dans la coutume des Dida, comme sûrement dans toutes sociétés traditionnelles, « les mécanismes coutumiers de la justice relevaient

d'un consensus¹⁹ » pour la recherche duquel les conflits étaient portés devant le tribunal traditionnel communautaire et faisaient l'objet d'un règlement collectif auquel prenait part le sacré (A). Mais, l'engouement de l'Africain à s'adresser à la justice indigène pendant la période coloniale ne s'est pas démenti. Les litiges sont presque automatiquement directement portés devant les tribunaux de droit commun calqués sur le modèle européen, qui tranchent et séparent là où le tribunal communautaire ne cherchait qu'à concilier (B).

A. Du conflit foncier communautaire...

Les sociétés négro-africaines sont des sociétés essentiellement tournées vers la recherche de la paix. A juste titre Koffi A. Afande disait : Alors que la justice moderne intervient avec le glaive pour trancher au point de rencontre et replacer chaque intérêt sur la balance pour voir si l'équilibre est de nouveau obtenu [...], la justice traditionnelle africaine, en revanche, estime que, comme les fibres d'un tissu, les intérêts des individus dans une société doivent s'imbriquer et qu'un litige correspond à une rupture, donc à une déchirure du tissu social²⁰ ». Dans ce cas, souligne-t-il, la justice traditionnelle, comme une aiguille et un fil, doit recoudre ensemble les intérêts séparés par la crise.

Ainsi, pour le règlement d'un conflit dans nos sociétés, l'accent sera mis, avant tout, sur la nécessité de rapprocher les parties. C'est la recherche du compromis. Autrement dit, il s'agit de concilier les parties. En d'autres termes, c'est engager des pourparlers en vue de régler le différend ou mettre fin au conflit²¹. Dès lors, lorsqu'éclatait

¹⁹ Samba TRAORE, « L'indigène entre les palabres et la Maison de justice : les raisons d'un engouement pour la justice indigène », in *Le juge et l'outre-mer*, Tome 5, p. 133-146, p. 134.

²⁰ Koffi A. AFANDE, « Les sanctions pénales en Afrique : entre traditions et modernité », extrait d'exposé au congrès de la Société suisse de droit pénal, en 2006.

²¹ Amadou Abdoulaye DIOP, « Un procès sans administrateur », in *Le juge et l'outre-mer*, Tome 5, *Les dents du dragon*, Montpellier, Centre d'Histoire judiciaire, 2010, 364 pages, p. 85.

un conflit, le procès de justice était la dernière étape. La phase des "pourparlers", que les Africains appellent la "palabre", est une étape obligatoire et officielle qui découle du communautarisme même des sociétés qui influe sur le tribunal. Ainsi, dans nos sociétés traditionnelles, le conflit était porté en règlement, selon nos coutumes, devant un tribunal traditionnel communautaire. Le rituel judiciaire était alors dominé par la palabre en tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de persuasion et d'arbitrage²².

La procédure devant le juge différait selon le rapport de consanguinité des parties, et encore plus selon que le conflit met aux prises des extra-consanguins. Ainsi, lorsque dans un même lignage, un homme se sentait lésé, il saisissait le *sui juris* de son lignage pour obtenir règlement de l'affaire. Lorsqu'il s'agissait d'une femme qui se plaignait contre une autre femme, elle saisissait l'une des femmes ou l'une des veuves du *sui juris*, et la femme ou la veuve du *sui juris* réglait l'affaire entre les deux femmes en toute confidentialité. Si elle avait choisi de saisir son mari, celui-ci appelait l'époux de l'autre femme si ce dernier était plus jeune, sinon se déplaçait chez lui si c'était un aîné, et l'affaire se réglait entre les deux hommes. Mais parfois sinon souvent le déplacement de l'aîné, signe d'humilité, mettait fin d'office au conflit.

Quand le conflit éclatait entre deux familles restreintes –deux foyers– mettant à mal l'unité du lignage, le *sui juris* s'autosaisit et convoque toutes les familles restreintes pour régler l'affaire. L'objectif d'une telle procédure est de maintenir l'unité de la famille, car une famille divisée court nécessairement à sa perte. D'où la nécessaire réconciliation des membres de la famille qui, pour une raison ou une autre, s'étaient trouvés opposés.

Lorsque c'est un membre d'un lignage du village qui se plaignait d'un membre d'un autre lignage, il saisit le *sui juris* ; si c'est une femme, elle saisit son mari qui se charge de saisir le *sui juris* par l'intermédiaire du crieur public. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de conflits entre villages, c'est par le tambour parleur que les villages

²² B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, p. 117-119.

environnants sont informés de la tenue de la palabre. Et là, l'audience est ouverte à tous ; ce qui fait d'elle un cadre d'expression sociale et politique de grande liberté.

La procédure est particulière lorsque le conflit met en prise des extra-consanguins. C'est le premier cas de transport du conflit en audience publique. En effet, d'autant plus que les infractions commises par les allogènes mettent souvent en péril la coexistence des deux communautés, surtout si elles se caractérisent par des crimes de sang, et qu'au surplus l'occupation illicite des terres et la transgression des croyances des propriétaires terriens par les allogènes disqualifient les mythes et légendes de fondement, les propriétaires terriens menacés dans leur existence naturelle et leurs croyances, auront pour défense, le rituel judiciaire axé sur l'expression symbolique de leur antériorité historique²³, se déroulant en public.

Le rituel judiciaire connecte, non plus l'idée d'absorption du conflit par la consanguinité, mais l'antériorité qui se donne comme un miroir de l'existence du groupe²⁴. Ainsi, « le conflit avec les allogènes devient prétexte pour replonger l'assistance dans les fondements, réintroduire dans l'espace réduit du procès l'immensité du passé », comme le souligne Néné Bi²⁵. Le juge s'implique dans l'histoire pour mettre en parallèle les fondements et le conflit ; il exhume discursivement les souffrances des propriétaires terriens pour minimiser les prétentions des allogènes. Dans son exposé des griefs, il rappelle les drames résultant des sacrilèges, etc.

Les moments mythiques qu'il invoque renouent la communauté avec les divinités telluriques. Il ressoude discursivement les brèches provoquées par le conflit. Ainsi, le ciment mythique non seulement renforce l'unité du groupe, mais réhabilite le sacré disqualifié par la partie adverse. La lumière lointaine des mythes est destinée à l'éclairage des allogènes aveuglés par le conflit. Le juge anthropomorphise l'histoire pour qu'elle s'incorpore dans leur

²³ Okou Henri LEGRE, « L'image du juge dans les sociétés traditionnelles », in *Le juge et l'outre-mer*, Tome 5, p. 110-111.

²⁴ *Idem*, p. 111.

²⁵ B.S. NENE BI, *Introduction Historique au Droit Ivoirien*, p. 121.

conscience. Il reconstruit le miroir des origines brisé par le conflit pour que toutes les figures emblématiques refassent surface. Ainsi, l'histoire anthropomorphisée se substitue au juge pour interpeller les allogènes dont l'histoire se subordonne à celle des propriétaires terriens : le challenger des allogènes n'est plus le collègue des juges des propriétaires terriens, mais le sacré, l'histoire anthropomorphisée. Or le support matériel et l'habacle de ce sacré sont la terre dont l'invocation permanente joue sur les croyances, ébranle psychologiquement les allogènes qui vivent également de cette terre et dans cette terre après la mort. Une telle audience coutumière qui privilégie l'indigène en humiliant l'allogène reste la cause principale du recours aux tribunaux modernes par ce dernier.

Quoi qu'il en soit, pour résoudre les relations conflictuelles qui se posent à eux, les Africains ont toujours privilégié la voie de la conciliation qui caractérise les sociétés traditionnelles qui mettent la recherche du compromis au cœur du procès. Cependant, l'Africain nouveau a opté pour une autre voie, celle de la justice moderne. Ainsi, du conflit communautaire porté en règlement devant les tribunaux communautaires, en est-t-on arrivé au conflit personnalisé, individualisé qu'on n'hésite pas à porter devant les tribunaux de droit moderne.

B... Au conflit personnalisé

Malgré l'introduction du domaine en AOF et la réforme foncière tentée par le législateur colonial de 1900 à 1955, les indigènes avaient continué, en matière foncière, à relever de leurs coutumes. « Mais l'introduction de la nouvelle justice, d'une nouvelle réglementation, a offert de nouvelles possibilités à certaines catégories sociales en vue de se libérer de certaines contraintes, pour l'accès et le contrôle de la terre et des droits. La terre, en conservant sa valeur coutumière, notamment en milieu indigène de la brousse, va devenir un objet de libération pour certaines catégories sociales ou de reconnaissance et de conciliation des droits pour d'autres. Cette double fonction de la

terre va être au cœur de la trame des conflits fonciers²⁶ », puisque les règles coutumières se montraient souvent intransigeantes sur l'octroi de tels droits. Le protagoniste qui se sentait lésé par la coutume, ou qui voulait simplement s'arroger autrement des droits sur la terre, invoquait généralement un autre droit²⁷, notamment le droit colonial, au détriment des palabres africaines.

Ainsi, les revendications du droit foncier devant les tribunaux coloniaux venaient aussi bien des détenteurs de droits de culture qui voulaient acquérir une maîtrise foncière, que des maîtres de terres soucieux soit de consolider et protéger leurs droits fonciers ou d'en acquérir par ce biais au détriment d'un rival familial ou clanique, ou alors d'un village qui voulait s'affranchir de la tutelle foncière d'un autre, que de personnes autres que les membres d'un clan ou d'une famille qui, selon la coutume, ne pouvaient en aucun cas prétendre à une maîtrise des droits sur la terre. C'est le cas, notamment, des anciens captifs qui, depuis des temps reculés, ont obtenu des lopins de terre sur le domaine de leurs anciens maîtres, et qui cherchaient à se libérer de leur mainmise sur les champs, et des femmes qui, selon la coutume, n'avaient pas le droit à la maîtrise de la terre, ni n'héritaient de leurs parents la terre²⁸.

Les raisons, évoquées par Samba Traoré, sont à rechercher dans la société elle-même, dans l'univers mental de la société indigène qui produit et reproduit des stratégies sociales adaptables aux situations nouvelles²⁹. C'est ainsi qu'assistons-nous, dans nos sociétés traditionnelles actuelles, à la revanche des tribunaux de droit commun, et au recours exceptionnellement rare des tribunaux communautaires. L'Africain moderne a pris son indépendance vis-à-vis de l'autorité du groupe et du respect des coutumes ancestrales. Depuis le jour où il a acquis son individualité économique, où il a

²⁶ Samba TRAORÉ, art. cité, p. 135.

²⁷ *Idem*, p. 136.

²⁸ *Idem*, p. 136-139. A travers les revendications des captifs, on voit apparaître la notion de « mise en valeur », l'une des conditions de maintien du droit de culture.

²⁹ *Idem*, p. 135.

lutté pour l'octroi de terres propres, où il ne travaille plus que pour assurer sa subsistance propre, l'Africain a cru être bien-fondé dans ses droits en s'adressant à la justice moderne en vue du règlement d'un conflit qui l'oppose soit à des consanguins soit à des étrangers. Ainsi, là où le recours à la justice moderne devait signifier pour lui l'échec des négociations, elle devient l'étape première du règlement des conflits ; car l'Africain a perdu de vue les valeurs ancestrales, ou refuse tout simplement de se laisser convaincre sur ces valeurs.

De fait, les conflits fonciers sont de plus en plus réglés devant les tribunaux de droit commun, même quand ils opposent des consanguins. Et quand il s'agit d'extra-consanguins, c'est une véritable déchirure qui est portée devant ces tribunaux. Les exemples foisonnent dans la société Dida de Lakota, et précisément de Zikisso, avec des cas d'emprisonnement. Cette ruée vers les tribunaux modernes peut s'analyser comme une vengeance des dieux offensés car toute la société Dida vit désormais au rythme cadencé de procédures presque quotidiennes de procès fonciers. Ce sont d'abord les jeunes générations qui répudient les palabres africaines accaparées par les aînés qui évoquent les coutumes ancestrales mal interprétées. Ensuite, ce sont les étrangers qui n'ont que faire des invocations de divinités locales qui boudent les prétoires africains préférant s'en remettre à la justice moderne jugeant sur le fondement du vieux principe de la loi non promulguée de 1963 « la terre appartient à celui qui la main en valeur ».

D'abord, en enquête préliminaire devant les officiers de police judiciaires : ici, le sieur Kouassi Simon, un autochtone, du village de zatoboua, a passé un contrat d'Aboussouan avec un allogène baoulé qui distrait la production avant le partage convenu ; convoqué devant le commandant de brigade de la gendarmerie de Lakota, ce dernier prend sur lui de changer la nature du contrat sous le fallacieux prétexte que l'esclavage est fini. En effet, il décide du partage pur et simple de la terre là où la volonté des parties s'était exprimée plutôt sur le partage de la production.

Ensuite, lors de l'instruction devant le juge d'instruction de la section du tribunal de Lakota, le sieur Boliga Kadi marcel est accusé d'homicide volontaire sur la personne de son aîné Boliga Gnekpié

pour le partage de l'héritage familial ; pendant l'instruction, leur oncle Boliga Gbakabou vend la plantation de l'inculpé pour dit-il régler les frais occasionnés par les procédures en cours. Le juge imprégné désormais des habitudes locales conclut au classement sans suite de l'affaire et accorde la liberté à l'inculpé. Il s'agissait juste de le bannir du village pour s'accaparer son champ.

Enfin, en jugement, le président de la section du tribunal conclut au renvoi pur et simple de l'affaire devant la palabre villageoise au motif que les frères Soba doivent s'entendre. Une branche de la famille, profitant de sa position privilégiée saisit la cour d'appel de Daloa par voie d'appel. Aux dires du substitut résident du procureur de la république de Lakota, près de 90 % des affaires dans les commissariats, brigades de gendarmerie et au tribunal sont relatives au foncier avec la complicité avérée des chefs. Ceci expliquant cela, le raccourci de l'assassinat ou de l'empoisonnement est vite pris.

En effet, la majorité de la population carcérale est constituée de détenus pour des affaires foncières. Or l'emprisonnement est une peine d'exclusion sociale, la plus dure aux yeux des Africains ; il isole l'individu de son groupe d'appartenance. Il est inconcevable dans la mentalité africaine, comme le soulignait justement Néné Bi, parce que pour l'Africain, « Sa force vitale est en relation constante avec celle des ancêtres et celle des autres membres du groupe. La plus grande calamité consiste à en être retranché et réduit ainsi à une existence déficiente, sans protection, voué au néant³⁰ ». Pour cette raison, autrefois, on préférait la mis en quarantaine de l'individu au sein de son groupe social. Pour cette même raison, des infractions passibles de prison n'étaient pas dénoncées. La victime elle-même ne portait pas toujours plainte, préférant trouver un arrangement avec le coupable et lui épargner la prison.

Malheureusement les données ont véritablement changées car c'est désormais une victoire personnelle, une fierté voire une certaine puissance de mettre son frère au cachot. Aussi, assistons-nous parfois sinon souvent à des phénomènes insolites d'empoisonnement,

³⁰ B.S. NENE BI, *op. cit.*, 3^{ème} édition 2011, p. 503 citant le docteur KOUASSIGAN, 1966 : 140.

La divinité désacralisée : le foncier dans une société polycéphale

d'accidents, de noyades, de pendaison, de stérilité de jeunes couples et à la recrudescence de la mortalité dus certainement au déchainement de la colère de dieux telluriques.

*

**

Aux termes de notre parcours, retenons que l'évolution et le développement ne sont pas forcément synonymes du renoncement tranché aux valeurs africaines. Il faut trouver le juste milieu d'une tamise judicieuse pour ne rejeter que les coutumes rétrogrades et faire la publication, la promotion et la protection des valeurs africaines. En effet, toute culture a ses iniquités et ses valeurs. Car il est temps pour l'Africain de se penser par soi-même et non toujours à partir et/ou à travers l'autre qui lui-même s'interroge sur le bien-fondé de ses doctrines.

Comment pourra-t-on réparer les torts sans cesse faits aux puissances telluriques ?

REFLEXIONS PRELIMINAIRES AUTOUR DE LA MISE EN PLACE D'UNE JUSTICE DE PROXIMITE

**Dr Adama Sékou DIAWARA,
Enseignant chercheur à l'ULSHB, Mali**

Justice et droit s'enracinent dans la réalité...

Le concept de justice pose problème et est intimement lié à celui de droit. Les définitions que l'on donne à ces notions ne peuvent être qu'idéales. Ce qui est important, c'est de voir comment traduire cet idéal dans la réalité et comment harmoniser nos conduites sans porter atteinte aux autres ? La justice et le droit sont au fondement de l'action des hommes dans la société.

Généralement, le droit désigne ce qui est permis par les lois écrites ou par la morale sociale, ce qu'il est légitime d'exiger. Il renvoie à tout ce qui n'est pas interdit, à tout ce qu'il est permis de faire. Cependant, cette idée de permission peut être liée à ce qui est codifié ou à ce qui est une simple exigence morale (on parle alors de droit positif et de droit naturel). C'est pourquoi le droit entretient des rapports étroits avec la morale et l'éthique dans la société.

Le droit présuppose l'idée de justice. Le terme justice dérive du latin « justitia », de « Jus » qui veut dire « droit ». C'est d'abord le fait d'attribuer à chacun son droit. La justice désigne un idéal en même temps qu'une vertu personnelle. Elle indique l'idée d'une rigueur rationnelle et exprime une exigence de droiture, de rectitude. Bref, la justice exprime : le caractère de ce qui est équitable ; un idéal de respect des droits de chacun ; une institution (organisation judiciaire d'un pays) ; enfin une vertu morale.

Le droit est une forme de conscience sociale, une forme de reflet de la réalité dans la pensée des hommes. Le droit tire sa source de la réalité, dans la mesure où il est le résultat d'un processus historique. Le droit est donc un produit social. Son rôle est de défendre, de protéger et de perpétuer l'ordre social établi. La société apparaît avec son système de règlements. Depuis les us et coutumes, jusqu'aux textes juridiques modernes, il y a ce souci constant de réglementer objectivement ce qui est permis dans la vie sociale. Droit et justice doivent donc traduire la réalité sociale, être conformes aux usages et attentes de la société. Est-ce le cas au Mali ? Le système judiciaire malien répond-il de nos jours aux attentes de la population ? Comment ce système se présentait-il auparavant ?

Nous tenterons de survoler le système judiciaire pré et post colonial (I) avant de nous pencher sur sa modernisation dans notre pays (II).

I. Le système judiciaire pré et post colonial

A. Une juridiction coutumière mieux adaptée aux pratiques...

Au Mali, nous avons des chefs coutumiers incontournables et respectés par l'ensemble de la société. La justice coutumière qu'ils dirigeaient avait pour objectif final d'apaiser les esprits, de pacifier le groupe social par la recherche d'un compromis entre les différents protagonistes. Ce résultat est obtenu après une large consultation, de longs échanges, un processus de dialogues et de discussions soutenues, de patientes négociations conduisant à une conciliation des intérêts des parties en lice et de la communauté. Ce qui constitue un registre différent de la justice legaliste-bourgeoise ou libérale qui très souvent aiguise les conflits en disant le droit (bourgeois, libéral importé). Une justice qui pêche par un formalisme excessif et son inadaptation aux situations conflictuelles de la société traditionnelle. La justice coutumière était confiée par la communauté à des hommes sages ayant des qualités d'impartialité, d'honnêteté, de droiture, d'éruditions bien éprouvées. Les décisions rendues étaient conformes à la norme endogène, aux besoins de justice et d'équité de la société, tout comme aux représentations que la communauté se fait de la

justice. C'était une sorte de compromis acceptée par toutes les parties. Personne ne pouvait se plaindre d'être abusé, dupé ou avoir le sentiment d'être brimé dans ses droits et obligations par de telles décisions. Ces décisions, une fois prises, étaient exécutoires (s'imposaient à tous, obligation morale) dans la mesure où nous avons en scène un ensemble d'autorités (coutumières, religieuses, morales, etc.) respectées, impartiales, surtout crédibles susceptibles de proposer des compromis pour une sortie de crise.

B. L'institution judiciaire coloniale, un héritage inadéquat...

Le système colonial français a largement entamé les structures sociales du Mali en particulier et de toutes les colonies de façon générale. Au début, il s'est attelé à mettre en place une justice respectueuse des institutions traditionnelles et surtout de l'ordre public colonial. Il s'agit d'une justice indigène pour les populations autochtones. Cependant cette justice importée a rapidement montré ses limites et son vrai visage : une justice autoritaire, centralisée, hiérarchisée, mais surtout inégalitaire (John-Nambo, 2002). L'un des objectifs de la justice coloniale était de contrôler à la fois les hommes et le territoire, dans l'intérêt supérieur de la métropole ; d'où l'instauration d'une justice coercitive, avec des liens très étroits entre le pouvoir de commander (*impérium*) et le pouvoir de juger (*jurisdictio*).

Les institutions étant des productions humaines, elles répondent à des logiques sociales. Pour mieux appréhender les éléments structurels de la justice, il est indispensable de les ramener aux logiques qui les sous-tendent et les produisent. Derrière toutes les institutions gît toujours une conception, une vision du monde. Ainsi l'institution judiciaire coloniale constitue une certaine représentation des structures sociales de la métropole, elle traduit une conception du monde et des principes propre à l'Europe. Ces conceptions et ces principes ne sauraient être plaqués sur d'autres sociétés. C'est pourtant ce qu'a tenté la colonisation lorsqu'elle a mis en place ses institutions judiciaires dans les colonies.

Les nouveaux États africains ont repris simplement l'infrastructure judiciaire coloniale ou se sont essentiellement fondés sur des principes étrangers au continent africain, des principes et structures conçus en Europe pour les Européens. Jusqu'à présent, les autorités africaines n'ont pas compris que l'on ne peut appliquer ou mimer ces principes étrangers en Afrique sans heurter la conscience populaire.

II. La modernisation du système judiciaire : un défi de taille...

A. Une justice moderne aliénée ?

Lorsqu'on observe les pratiques en cours dans les Tribunaux et Cours au Mali, un constat pathétique s'impose : la justice malienne va mal, très mal... L'on pourrait aller loin pour soutenir que l'appareil judiciaire tout entier est « en panne »¹. La crédibilité et l'objectivité du juge malien sont remises en cause. Les décisions de justice sont contestées et décriées. Au-delà, c'est l'institution elle-même, chargée de rendre la justice, qui est accusée (à tort ou à raison) de corruption, de partialité, d'arbitraire, etc. Le juge, censé dire la loi pour protéger les justiciables contre toutes les atteintes aux droits et libertés, rend très souvent des verdicts déphasés sur les plans sociologique et juridique. Cette légèreté du juge et/ou (son incompétence ?) ont entraîné une suspicion, une méfiance à l'égard de l'autorité judiciaire. L'intégrité, la neutralité et l'indépendance du juge sont battues en brèche.

Par ailleurs, les règles de procédure de saisine du tribunal paraissent tellement compliquées pour le commun des mortels, que les justiciables maliens, en majorité analphabètes, ne se reconnaissent pas dans l'institution judiciaire. Une institution perçue comme une affaire de spécialistes, tant au niveau des règles de procédure, que des conditions de forme (recevabilité de la requête, déroulement du procès, etc.). C'est la raison pour laquelle certains justiciables se

¹ R. MOUTEKE et I. LOCKO, « Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue » ; *in Droits de l'homme en Afrique centrale*, colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, éd. Ucac-Karthala, 1996, p. 169.

détournement de la justice, dite du colonisateur, considérée comme aliénée, pour recourir à d'autres instances plus adaptées de résolution des conflits.

À titre illustratif, les populations ne sauraient nullement comprendre « le refus d'une juridiction » de se prononcer sur le fond d'une affaire, en raison du non-respect des règles de procédure ou simplement pour raison de prescription. Ce sont là des principes importés, calqués, par nos autorités, mais étrangers aux us et coutumes de nos communautés, qui ignorent et méconnaissent toutes ces subtilités procédurales énoncées dans un langage ésotérique. Ce qui entraîne une méfiance du requérant à l'égard de toute l'institution judiciaire. Sa frustration pourrait déboucher sur le rejet de cette justice perçue par lui comme partielle et partiellement aux ordres du pouvoir politique et des puissances de l'argent. Pourtant, sur le plan strict du droit, le juge, en prenant de telles décisions, se conforme très souvent aux textes en vigueur. Cependant, ce verdict demeure incompréhensible et incompris par les justiciables déboutés ou condamnés dans la mesure où ceux-ci ne situent pas dans le même registre que le tribunal.

Il s'agit là d'un décalage entre les juridictions modernes et les usages des communautés qui se sentent de plus en plus étrangères devant certaines décisions de justice qui rebutent le sens commun. D'autres facteurs non moins importants contribuent à lasser davantage les justiciables des institutions modernes de justice. Ce sont, entre autres, la lourdeur administrative et la lenteur dans le traitement des affaires nécessitant des va-et-vient incessants, pouvant conduire au découragement, une justice onéreuse aux yeux de nombreuses personnes, l'ignorance et la méconnaissance des textes et règles, le recours aux services d'un avocat, la langue officielle de travail du tribunal, etc. Il faut aussi signaler l'éloignement de l'administration de la justice des justiciables. Au Mali, les Tribunaux de paix sont situés dans les chefs-lieux de cercle, souvent distants de certains villages de plus de deux cents km avec des pistes impraticables une bonne partie de l'année. Forts de tous les préjugés (justifiés d'ailleurs dans certains cas) entourant l'appareil judiciaire, les justiciables ne voient aucun avantage ou intérêt à saisir une justice

décriée comme injuste et corrompue, de surcroît très éloignée d'eux sur les plans spatial, mental, idéologique et pratique.

L'abîme reste très profond entre les Maliens et leurs institutions judiciaires, entre les juges faisant fi de l'orthodoxie déontologique de leur corps et les justiciables. C'est ainsi que les institutions judiciaires de notre pays sont rejetées, haïes par une frange importante de la population. Celle-ci préfère passer par d'autres modes traditionnels de résolution des litiges ou se rendre justice elle-même. Elle n'est pas très loin du point de rupture, le point de non-retour qui marquerait le divorce total entre les populations et leurs institutions judiciaires. Une disjonction dont personne ne peut prévoir les conséquences sur le pays. Une petite goutte d'eau pourrait faire déborder le vase, une petite étincelle, un fait anodin, pourrait embraser toute la citadelle en déclenchant un incendie que les sapeurs-pompiers auront du mal à circonscrire. Il urge donc d'agir avant que le pays n'atteigne ce point critique préjudiciable. Plusieurs solutions sont à envisager parmi lesquelles l'on peut retenir : l'assainissement de la justice par la lutte contre la corruption, l'impunité, par l'application de sanctions aux cas de manquement à la déontologie, rapprochement spatial et idéologique de la justice des justiciables...

B. Les contradictions d'une justice décrédibilisée

Il existe dans les Delta intérieur du Niger plusieurs types de conflits, notamment entre éleveurs et agriculteurs, pêcheurs et éleveurs, entre pêcheurs, entre éleveurs eux-mêmes, etc. L'histoire de la zone est faite de conflits entre les villages en raison des vellétés hégémoniques de tel ou tel village désireux d'étendre sa souveraineté sur tel ou tel espace. Ces revendications se rencontrent au niveau des eaux, des pâturages, des forêts et des terres de culture. Souvent, ce sont des questions de délimitations ou de frontières qui opposent les communautés, les villages et les communes.

Ces différents conflits mettent en lumière les limites et insuffisances d'un traitement judiciaire des litiges fonciers portant sur des pâturages dont la gestion demeure encore coutumière.

1. *L'affrontement entre Korientzé et Sendégué pour le contrôle du pâturage kodorguel (ou niorande)*

La gestion des pâturages oppose non seulement les individus, mais aussi les villages ou les arrondissements entre eux. La zone de *Kodorguel* fait partie du domaine public de Sendégué. En effet, une décision du commandant de cercle de Mopti en date du 10 avril 1983 attribua la burgutièrre *Kodorguel*, couvrant environ cinq hectares, au village de Doko (arrondissement de Korientzé) pour en faire « un *haarima* au profit des vaches laitières et des bœufs de labour du village »². Les habitants de Doko interdirent l'accès du *haarima* aux éleveurs de Sendégué. L'affrontement entre les deux communautés fut évité de justesse. Cette décision administrative fut contestée par le chef de village de Sendégué Sékou Alwata. Les gens de Doko n'étaient pas pourtant à leur première tentative. Ils avaient, depuis 1945-1946, réclamé des droits de propriété sur la plaine du *simai*. Il faut signaler que *kodorguel*, appelé *niorandé* par les gens de Doko, fait partie du *simai*. Le Tribunal de deuxième degré de Mopti en sa séance du 12 février 1946 reconnut le droit de propriété du chef de Sendégué sur les burgutières de la plaine *du simai* (plaine publique ou *beitel*, la plus riche et la plus vaste de Sendégué) située au nord du *koli-koli*...³ Après des échauffourées entre les éleveurs des deux villages, la zone revint à Sendégué.

2. *Les convoitises sur la burgutièrre Simai*

Durant la période coloniale, le village de Doko (canton de Korombana), frontalier de Sendégué réclama la propriété de la plaine du *Simaye*. Son chef de village à l'époque, Brahima Cissé, porta donc l'affaire devant le Tribunal de deuxième degré de Mopti contre Amadou Ba dit Ambangana, chef de village de Sendégué et chef de canton d'Urube Duude. Celui-ci siégea sur l'affaire le 12 février 1946. En fait, Brahima Cissé réclama le *simai* à l'audience, non pas pour le village, mais pour lui-même :

² Archives, arrondissement de Sendégué.

³ Archives, arrondissement de Sendégué.

« Je réclame la plaine de Simaï comme ma propriété personnelle. Le terrain que je réclame a pour limite : à l'est les Toguéré de Sangui et Doko, au nord le Toguéré de Dégué-Dégué, au sud le cours de Kori-Kori (il s'agit du Koli-Koli), à l'ouest la montagne de Gourao »⁴. C'est Sékou Amadou qui, en 1920, aurait donné la burgutière à son aïeul, Ousmane Boukari, chef de Sakéri (villages de Doko, Tounguna, Siti, Dégué-Dégué et tous les peuls de Konrombana, etc.).

Auparavant, en 1945, un autre ressortissant de Doko, Boukari Maliki, l'ancien chef de village prétendait également être le propriétaire de la plaine. Il ne partage pas les propos de Brahim. Entendu par le tribunal, il déclara : « ... Ce qu'a dit Brahim Cissé n'est pas tout à fait vrai. Du temps de Cheikou Amadou, c'est mon aïeul Hamadi Almouridine qui commandait le canton Sakéri. En ce temps-là, il y avait eu un différend avec Boulo Yereldou de Sendégué à propos des burgutières. Cheikou Amadou avait réglé l'affaire de la façon suivante : les troupeaux de Doko et de Sendégué pouvaient pâturer au sud du Kori-Kori, ensuite ils devaient entrer au simaï et, quand le bourgou était à moitié consommé, les troupeaux étrangers pouvaient entrer à leur tour, en payant une redevance à leur choix au chef de Sendégué ou au chef de Doko. Ousmane Boukari, aïeul du chef actuel, n'a pris le commandement que du temps d'Amadou Amadou, fils de Cheikou Amadou. Il prit également les droits de notre famille »⁵.

On le voit clairement, les deux chefs de village de Doko réclamaient tous deux la propriété de *simaï*. Lors de ce jugement, il faut signaler un fait qui aura son importance aujourd'hui : le chef de canton de Konrombana témoigna en faveur du chef de Doko en ces termes : « ... Je demande que le Tribunal décide que la propriété de *simaï* appartient à la famille de Brahim Cissé, actuel chef de Doko »⁶. Ce témoignage est important à plus d'un titre dans la mesure où ce sont les descendants de ce chef de Korombana (le maire actuel

⁴ Extrait du jugement l'audience publique du mardi 12 février 1946 tenue à 10 heures par le Tribunal du deuxième degré de Mopti.

⁵ Extrait du jugement de 1946 cité.

⁶ Extrait du jugement de 1946.

de la commune de Korombana), qui vont à leur tour chercher à s'approprier la plaine du *simai*. Une longue bataille judiciaire en perspective...

Le tribunal demanda à écouter le défendeur, Amadou Ba qui réaffirma ses droits de premier occupant sur *simai* antérieurs à la *Diina*. À l'appui, il fournit à l'audience des *tarik*, une note portant le sceau d'Aguibou Cheikou Oumar écrite cinq années après l'arrivée des Français dans la zone, reconnaissant les droits de sa famille sur la plaine : « Les droits de propriété de ma famille sur *simai* remontent avant l'arrivée de Cheikou Amadou. Je possède à ce sujet des *tarik* qui le prouvent et que je peux produire. Ousmane Boukari est venu de Fitouga à Doko du temps de Cheikou Amadou, il est devenu chef de Doko, mais on n'a pas retiré le bourgou à ma famille pour le donner à Ousmane Boukari de Doko, il n'y a que deux familles peules, celle de l'ancien et celle du nouveau chef. Tout le reste de la population de Doko est constitué par les diawambés qui viennent des autres villages de Korombana... une note d'Aguibou Cheikou Amadou⁷ écrite cinq ans après l'arrivée des français prouve mon droit de propriété sur *simai* ».

Le président donne lecture de ce papier qui porte les sceaux du « *Fama* Cheick Aguibou fils de Cheikou Oumar au chef Diessé de Doudjiga » : « ... Le chef de Sendégué Amadou Boulo est venu se plaindre chez moi au sujet du bourgou. J'interdis à tous vos peuls d'envoyer leurs troupeaux dans le bourgou d'Amadou Boulo, ni bœuf, ni moutons du Doudjiga ne doivent pénétrer dans ce bourgou... Tous les chefs viendront à la Tabaski pour me voir ; cette affaire sera réglée à ce moment. Je vous cite les noms des burgoutières en litiges : Comba, Soboundo, Bara-Somé, Kodorguel, Pomdérrou, depuis Tchiridli jusqu'à Gourao. Les gens de Doudjiga ne doivent pas pénétrer dans ces bourgoutières en attendant le règlement de l'affaire. Et surtout, ne faites pas d'histoire. Quand tu auras pris connaissance, tu remettras ce papier à Amadou Boulo »⁸.

⁷ Fils et successeur de Sékou (ou Cheikou) Amadou, fondateur de l'Empire peul du Macina et de la Diina.

⁸ Jugement de 1946.

Ce qui prouve à suffisance que les conflits de ce genre étaient traités à un niveau très élevé de façon à imposer la paix aux protagonistes. Contrairement à ce que beaucoup pensaient, les dirigeants précoloniaux avaient le sens supérieur du respect des normes, de la légalité. En tant que société dominée par l'oralité, ils prenaient soin de laisser des traces écrites des principaux actes qu'ils prenaient au nom de l'État.

Cette affaire de pâturages semble réglée depuis le temps d'Amadou Boulo, le grand-père d'Amadou Ba qui poursuivit : « L'affaire a été réglée à Badiangara et le Fama a reconnu la propriété de la famille d'Amadou Boulo qui est mon grand-père. Tous les lieux cités se trouvent au nord du Kori-Kori et sont des parties de la bourgoutières simaï. Si les gens de Doko avaient eu des droits sur ces terrains, ils seraient au moins cités dans la note d'Aguibou... »⁹.

Des témoins de divers horizons, notamment de Korombana, affirmèrent avoir toujours payé le *ciongi* au chef de Sendégué. Le tribunal, après avoir écouté les deux parties, les témoins, pris connaissance des preuves fournies par le défendeur, l'autre partie n'ayant fourni aucune preuve justifiant sa requête, après délibération décide : « Le droit de propriété sur les burgutières de la plaine de simaï située au nord du Kori-Kori appartient à Amadou Ba, chef de Sendégué. Celui-ci a le droit d'introduire à simaï des troupeaux étrangers et de percevoir à son profit les taxes de pacage coutumières... »¹⁰.

En 1946, le tribunal colonial fermait ainsi le dossier de la plaine du *Simaï*. Cependant, les vellétés sur la zone ne sont pas pourtant éteintes. Les appétits sont toujours aiguisés. Il eut toujours des échauffourées dans ledit pâturage, notamment lors des différents *joolol* (pâturage clandestine, fauchage frauduleux de *burgu*, etc.). Ces dernières années, le chef de villages de Sendégué dut recourir souvent aux services de la gendarmerie afin de protéger ses droits coutumiers sur la plaine. Toutes choses qui ne sont pas du goût de tous, même au sein de sa propre *suudu baaba*...

⁹ Audience 1946.

¹⁰ Jugement de 1946.

Une seconde bataille du *simai* ressurgit dans les années 2006-2007. Ce fut un autre ressortissant de Korombana, Hamidou Koïta, petit – fils de Brahim Cissé, qui étendit son dévolu sur la plaine du *simai*, en exhumant l'affaire de 1914 et 1949. Cette fois, le défendant est aussi le chef de village de Sendégué, petit-fils d'Amadou Ba, opposé en 1946 à Brahim Cissé. En première instance, le Tribunal de Mopti, par le jugement n° 091 du 25 juin 2007, « statuant publiquement, contradictoirement, en matière coutumière et en premier ressort », débouta le plaignant et confirma le jugement de 1946 reconnaissant la propriété d'Amadou Ba sur la Burgutière.

Ce jugement fit l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Mopti. En son audience publique ordinaire et par l'arrêt n° 46 du 25 juin 2008, en raison de l'autorité de la chose jugée, elle aussi confirme le jugement de 1946. Hamidou Koïta alla jusqu'au bout de sa logique : la cassation devant la Cour suprême du Mali. Cette instance judiciaire suprême confirma le droit de propriété du chef de village de Sendégué par un arrêt n° 382 du 19 octobre 2009. Tout le monde croyait le feuilleton du *simai* définitivement clos, en raison du fait que les arrêts de la Cour suprême « rendus au nom du Peuple malien » ne sont susceptibles d'aucun appel, ni d'aucune remise en cause. Mais c'était sans compter avec la ténacité des gens de Korombana. Cette fois, c'est le maire de la commune qui monte au créneau en 2010. Il attaqua le jugement de 1946 et obtint gain de cause en première instance, devant la Cour d'appel. Le chef de village de Sendégué s'est pourvu en cassation. La Cour suprême, qui une année auparavant avait confirmé la propriété de la famille Amadou Ba sur la plaine du *Simai*, et avec le même président à l'audience, s'est déditée en déboutant le chef de village de Sendégué pour accorder la propriété de *simai* à la commune de Korombana. Quelle justice ?

Lors du *joolol* 2011, les deux camps se sont présentés dans la plaine, chacun avec une grosse de la même institution (la Cour suprême), leur accordant la propriété de *simai*, et signée par un seul et même président de tribunal. Les surveillants de Korombana saisirent en janvier 2011 des moutons aux éleveurs de Sendégué qui pâturaient dans le *simaye*. Ce qui mit le feu aux poudres. Éleveurs, pêcheurs, *rimaïbé* étaient sur le point d'aller reprendre les ovins capturés jusque

dans la commune voisine. De leur côté, les pêcheurs (bozo et somono) de Sendégué profitèrent de cette occasion pour réaffirmer et rappeler leurs droits coutumiers sur les eaux de *simai*. Ce message semble avoir été compris dans la mesure où, dans ce domaine, ce sont les pouvoirs et puissances mystico-religieux qui sont mis en exergue. Heureusement, la vertu du dialogue, de la palabre fut mise en avant afin d'éviter le pire.

C. De la mise en place des conseils de conciliation locaux...

L'efficacité et l'efficience de la justice africaine passent inéluctablement par une rupture avec la logique institutionnelle occidentale, une rupture avec l'héritage juridique colonial. Nous avons vu que le droit est une forme de conscience sociale, un mode de représentation de la réalité sociale reflétant une certaine conception du monde. Il est dialectiquement lié à la morale, à l'éthique tout comme à la structure économique et sociale de la société (infrastructures et/ou base économique). C'est pourquoi nous devons nous pencher sur la mise en place d'une « justice de proximité ». Il s'agit d'une proximité spatio-temporelle et d'approche.

Ainsi, pour mieux cerner le concept de justice, il est indispensable de questionner la philosophie du droit propre à chaque groupe social, interroger les structures sociales de chaque aire culturelle de notre pays. C'est la raison pour laquelle une démarche socio-anthropologique s'avère nécessaire à toute réflexion sur les innovations et changements à apporter dans le domaine de la justice au Mali.

Cette étude anthropologique passe d'abord par une étude historique de la justice et des structures sociales précoloniales. Au Mali, la justice dans le cadre traditionnel était indissociable de l'organisation de la structure sociale. Les chefs traditionnels avaient un rôle très important. Outre les fonctions de commandement, ils assuraient aussi celles de juge. Ils rendaient la justice et étaient assistés dans cette mission par les anciens, les notables et les personnalités crédibles, dignes de confiance. Cette justice était liée à la sacralité animiste. Tout conflit met en scène les forces visibles et invisibles, les

vivants et les morts, les ancêtres et la société actuelle, etc. Ainsi, le conflit considéré comme une maladie sociale ne pouvait être résolu par le traitement administré par les tribunaux occidentaux. La justice coutumière et celle moderne ou occidentale ne situent dans le même registre.

La justice coutumière, au lieu de trancher de façon nette un différend, préfère mettre l'accent sur la conciliation, en jouant avec le temps et la palabre pour exorciser le mal afin de trouver une issue acceptable par toutes les parties prenantes. Le dialogue, les échanges restent les moyens privilégiés de résorber les litiges et antagonismes. Tous les litiges doivent être soumis à un premier niveau de résolution, il s'agit de la parentèle. En cas d'échec à ce premier niveau, l'on peut faire appel au tribunal villageois de conciliation qui tranche le litige dans le souci permanent de préserver la cohésion et l'avenir de la communauté. Les débats doivent constituer un moyen d'éducation, de conscientisation des populations et les verdicts une leçon à méditer contribuant à rétablir l'homme et à consolider la communauté. Ces décisions rendues doivent l'être sans passion ni excès et complaisance, cependant, avec une grande lucidité, un grand discernement et une fermeté sans faille.

Les conseils de conciliation constituent une voie de décentralisation et de démocratisation de la justice. Il s'agit de rapprocher la justice du justiciable afin qu'il puisse se l'approprier. Il s'agit d'une juridiction de proximité, décentralisée, démocratique (au sens noble du terme) qui va soulager les justiciables de longs trajets pour se rendre dans les institutions judiciaires modernes. Une juridiction dans laquelle le justiciable n'aura pas besoin d'argent pour louer les services d'un avocat et acheter un magistrat pour avoir le dessus.

1. Des conseils de conciliation locaux (CCL)...

Cette justice coutumière peut-elle être remise sur les rails ? Peut-on mettre en chantier ces tribunaux de conciliation ? Sous quelles formes ? Avec quels acteurs, quelle composition ? Quelles seront les prérogatives de telles institutions ? Ses modalités de fonctionnement ? Ses compétences, ses pouvoirs ? Faut-il une structure à composition

uniforme pour toute l'étendue du territoire ? Les chefs coutumiers bénéficient-ils des mêmes considérations et respects d'antan ? Dans quelles conditions les décisions rendues par de telles institutions ne seront-elles susceptibles d'aucune contestation et pourront-elles être acceptées et exécutées par toutes les parties ?

Telles sont les principales préoccupations auxquelles il faudra apporter des réponses. La justice coutumière était rendue de façon générale par les responsables coutumiers et religieux, en fonction des zones ou localité (chefs de village, chef de culte, responsables coutumiers, religieux, notables, etc.). Pouvons-nous accorder la même confiance aux acteurs d'aujourd'hui ?

Rien n'est moins sûr quand on sait que la colonisation a largement contribué à la perversion des structures coutumières du pays. Ainsi, le colonisateur a destitué tous les chefs de village, chefs coutumiers, religieux, rois qui se sont opposés à la pénétration coloniale. Il les a remplacés par des personnalités acquises à leur cause et qui ont collaboré avec le système, très souvent, au détriment des populations locales. Ces chefferies se sont mises au service du despotisme colonial. C'est de cette manière que certains lignages, autrefois asservis, se sont retrouvés à la tête de certaines localités. Cette situation a été l'objet de frustrations au sein des populations dans la mesure où les lignages autochtones au sommet de la hiérarchie sociale furent dépossédés de leurs prérogatives par le colonisateur au profit d'autres personnes au bas de l'échelle. La même situation s'est produite sous la première République. Les chefs opposés au pouvoir socialiste furent destitués ou détrônés et remplacés par d'autres. Dans ces villages, on parle de nos jours de chefs de village administratif et à côté, il y a le véritable chef des terres de même que le chef des cultes. Souvent la même personne exerce les deux fonctions. Dans ces conditions, les chefs de village choisis par l'administration n'ont aucune autorité morale sur la communauté. Ce sont des chefferies au service du pouvoir politique, et non de la communauté.

Par ailleurs, d'autres lignages, en bas de la hiérarchisation sociale en période précoloniale, bénéficièrent des faveurs de l'administration coloniale et sont devenus des personnalités de premier plan. Mais la mémoire collective est là et cette histoire récente, très douloureuse, est

loin d'être oubliée. Dans certains cas, l'administration coloniale créa des chefs là où il n'en existait pas. Auparavant dépositaire d'une souveraineté et d'une autorité sur la communauté, la chefferie coutumière fut dépossédée de toute son essence et son sens. Elle perdit sa souveraineté tout comme une grande partie du respect, de la déférence et de la dignité qui accompagnait la fonction. Autrefois, les chefs étaient redevables des populations, un principe moteur des systèmes politiques coutumiers. À ce « principe de redevabilité » s'est substitué le « principe de redevabilité » envers les gouvernants. La gouvernance en a pris un grand coup et les chefferies furent alors considérées comme des collaborateurs des gouvernants pré et postcoloniaux.

Dans cet ordre d'idée, la composition ou la constitution des conseils de conciliation (CC) doit prendre ces différents facteurs historiques de mutation des structures traditionnelles du pays. Les chefferies coutumières pourront faire partie du conseil dans les localités où elles ont su conserver toutes leurs prérogatives, leur dignité, leur souveraineté, leur autorité et leur redevabilité envers la communauté. Autrement dit, les chefs coutumiers respectés, dignes de confiance, impartiaux, crédibles, honnêtes, etc. peuvent faire partie du collège de sage chargé de rendre la justice au niveau local.

À ceux-ci, l'on peut ajouter d'autres notabilités de la localité d'une très grande probité morale dont les comportements, attitudes, caractères demeurent irréprochables à tous points de vue. Il s'agit entre autres de personnalités religieuses, coutumières, de retraités de l'administration publique ou privée, etc. On pourrait aussi prévoir la participation de *niamakala* authentiques à qui les nobles ne peuvent rien refuser dans certaines localités. Il faudra aussi exploiter judicieusement la parenté à plaisanterie dans les villages où la pratique a gardé toute sa signification d'antan. Par exemple, prendre un bozo comme membre du Conseil dans une affaire concernant un dogon.

Tout cela nécessite un travail fastidieux de terrain préalable, autrement dit une étude anthropologique afin de mieux appréhender le milieu social. Il s'agit d'une enquête approfondie sur le terrain, d'abord sur le milieu social, ensuite sur les individus ou personnalités

susceptibles de devenir membres d'un conseil de conciliation. Par exemple, en milieu peul, les *rimaïbe*¹¹ ne sauraient statuer sur une affaire concernant les Peuls *rimbe*¹². Autrement dit, les *rimbe* ne peuvent donc accepter aucun verdict rendu par ces anciens captifs.

En revanche, il ne peut rien refuser à son *Hoolaare Allah* ou *layli* ou *ndendiraagu*. Ce sont des alliances sacrificielles ou pactes de sang qui gardent toujours une place de choix dans la société traditionnelle peule. *Hoolaare* en fulfulde signifie sûr, confiance, serment, *hoolaare Allah* ou *layli*, veut dire alors on confie à Dieu et il renvoie au pacte entre deux ethnies ou deux groupes de la même ethnie, par exemple entre Peuls et forgerons, bozo et dogon, peul et bobo. Le *hoolaare*, c'est la *sanankouya* en bamanankan, synonyme de la notion de *ndendiraagu* qui renvoie au cousinage. Le *hoolaare* peut aussi exister entre deux villages. C'est un puissant instrument de prévention des conflits et de pacification de la société. Il favorise la canalisation des tensions, des énergies négatives vers la plaisanterie. Ce sont donc des pactes sacrificiels qui contribuent à prévenir les conflits.

Toutes ses pratiques contribuent à calmer les ardeurs des uns et des autres. Bien sûr, l'on ne saurait éviter les conflits en tant que partie intégrante des rapports sociaux. Cependant, ils sont toujours tempérés, adoucis par ces pratiques ancestrales. Il faut aussi signaler que les élus locaux ne font pas tous l'unanimité. D'ailleurs beaucoup d'entre eux sont discrédités au niveau de leur terroir. Être élu conseiller, maire, député n'est pas synonyme de crédibilité dans la mesure où le système démocratique s'est mué de façon officieuse en système censitaire dans lequel la position des candidats sur la liste est fonction du montant déboursé. Il faut payer pour figurer sur la liste de candidature, donc pour être élu. L'on ne saurait donc parler de légitimité dans ces conditions. Nous avons aussi remarqué que les chefs coutumiers de certaines localités descendent dans l'arène politique en se présentant aux différentes élections. Certains d'entre eux sont élus avec difficulté en raison de leur manque de légitimité

¹¹ Anciens esclaves affranchis chez les Peuls (sing. : *dimajoo*). Jusqu'à présent, ils se considèrent eux-mêmes comme les captifs des nobles.

¹² Hommes libres, nobles chez les Peuls (sing. : *dimo*).

populaire. Dans le choix des membres du conseil de conciliation, il ne faut pas perdre de vue ces aspects.

Pour nous résumer, les conseils de conciliation pourraient avoir la composition suivante, en fonction des localités : les responsables coutumiers, religieux, les notables, les retraités, un représentant de la jeunesse, etc. La présence de femmes peut être envisagée au cas où les pratiques l'acceptent et la société n'y voit aucun inconvénient. Dans tous les cas, les membres de la Cour sont proposés par la population elle-même, non pas au suffrage, mais après investigation et une large consultation de tous les acteurs. Le choix définitif doit revenir à un collège restreint de sages (probablement en concertation avec l'administration).

2. Compétences des CC

Les compétences des CC peuvent être limitées dans un premier temps aux affaires suivantes : les problèmes de succession et d'héritage, les conflits fonciers, les questions de divorce, les conflits entre populations ou entre communautés, bref tous les petits conflits de la vie civile. Les CC connaissent donc les litiges en matière civile, et même commerciale pour de petites affaires au niveau local. Ils se penchent sur les problèmes de divagation des animaux, de feux de brousse, les questions de voisinage, d'assainissement, etc. On peut aussi ajouter les questions de hausse illicite des prix. Ils sont compétents pour tous les comportements jugés comme antisociaux et immoraux par la communauté.

Dans un premier temps, l'on pourrait envisager la mise en place de ses CC au niveau des villages et fractions. À l'issue de deux années d'exercice, en faire une évaluation critique pour corriger les insuffisances et, éventuellement, envisager de mettre en place des conseils de conciliation au niveau communal.

Aujourd'hui, le Mali est face à son destin, à tous les niveaux, les communautés aspirent à un changement, un changement radical surtout dans la distribution de la justice et dans la gouvernance démocratique. Il faut simplement oser, apporter les réformes nécessaires à la gouvernance démocratique moderne par l'apport de

nos valeurs coutumières positives au processus de démocratisation et de décentralisation des institutions politiques et judiciaires.

*

* *

Auparavant, les anciens utilisaient plusieurs méthodes pour régler les conflits. Certains marabouts, dotés d'un pouvoir ésotérique étaient craints et respectés. Personne n'osait refuser leur médiation. De grands cheik de la Boucle du Niger, sans se déplacer, après avoir reçu tous les renseignements, géraient les différends. Ils envoyaient seulement aux belligérants leur chapelet en guise de témoin. Les opposants au verdict trouveront malheur en chemin¹³. Les mécanismes religieux étaient mis en chantier par les autorités religieuses. Pour régler les conflits, les autorités religieuses apportaient un exemplaire du Saint Coran et un exemplaire du Salih al Boukari sur lequel elles faisaient jurer les belligérants.

Par ailleurs, la société africaine demeure bâtie sur l'imbrication du spirituel et du temporel. Ainsi, les alliances sacrificielles ou pactes de sang ont de tout temps contribué à la pacification de la société, à la prévention des conflits interpersonnels, communautaires et intercommunautaires. Elles permettent d'inhiber les manifestations violentes grâce à la dissuasion. En dépit de tout, si le conflit éclatait, des procédures de normalisation et/ou de pacification se mettaient en branle. Il s'agit notamment de la négociation, de la médiation, des envoyés spéciaux (plénipotentiaires, rôles joués dans la société traditionnelle par les *Niamakala* (gens de caste) – griots, forgerons, cordonniers, finah), la palabre, etc. Cette dernière procédure, la palabre est très usitée dans la coutume. À ceux-ci, l'on peut ajouter d'autres pratiques comme les alliances (pour illustration, nous avons vu que la *suudu Ambangana* a décidé de nouer des alliances avec *jungo simaï* afin d'atténuer les tensions entre les deux branches de *taarabe*

¹³ DIAWARA Adama et DIAKON Birama, 2012, « Le Mali face à la rébellion touarègue. Les mécanismes de gestion du conflit du Nord », in *Instabilité institutionnelle et sécurité humaine*, Gorée Institute, Dakar, p. 59-127.

Réflexion préliminaire autour de la mise en place d'une justice de proximité

Sumayla) entre voisins, interclaniques, la *sanankouya* ou *hoolaare* en *fufulde* (alliance ou cousinage à plaisanterie). Elle requiert une assistance mutuelle entre alliés en toutes circonstances, un devoir de se soutenir, d'entraide et d'intermédiation en cas de conflits avec d'autres personnes. La nouvelle justice pourrait s'enrichir des aspects positifs de ces pratiques ancestrales.

BIBLIOGRAPHIE

- BARRIERE, Olivier. 2006. « De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique » ; In *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche anthropologique d'Étienne Le Roy*. Paris, Karthala, p.147-172
- BARRIERE, Olivier. 2002. *Un droit à inventer*, Paris, IRD Éditions
- BIERSCHENK, Thomas. 1998. *Les pouvoirs au village ; Le Bénin rural entre démocratie et décentralisation*. Les Afriques, Karthala
- COSER, Lewis A. 1982. *Les fonctions du conflit social*, Paris, PUF
- DIWARA, Adama. 2012. « Pastoralisme et dynamiques politiques locales dans le Delta Intérieur du Niger, au Mali », *La gestion du foncier pastoral et les enjeux de pouvoir en contexte de décentralisation dans la commune d'Urube Duude*. Thèse de Doctorat d'Anthropologie, octobre 2012
- DIWARA, Adama et DIAKON, Birama. 2012. « Le Mali face à la rébellion touarègue. Les mécanismes de gestion du conflit du nord », in *Instabilité institutionnelle et sécurité humaine*, Dakar, Gorée Institute, p. 59-127
- DIWARA, Adama. 2004. « Prévention et gestion des conflits dans le leydi Urube Duude, étude d'un cas de conflit, in *Les causes de conflits en Afrique de l'Ouest*, résumé de la communication présentée à Kankan (Guinée) lors de la première rencontre régionale de l'Alliance des initiatives pour la paix en Afrique de l'Ouest, Dakar, Gorée Institute, p. 149-155
- FALL, Alioune Badara, 2003, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*
- FAY, Claude. 2006. « Sang, lait, distance et plaisanterie : articulations et "assèchements" des alliances au Maasina (Mali) », *Cahiers d'Études africaines*, XLVI (4), 184 : p. 755-778
- FAY, Claude. 2005. « Paradigmes de la "coutume" et réalité des pouvoirs au Maasina (Mali) : une matrice coloniale qui perdure ? », in *Regards croisés (Évolution et réformes de l'État.)* : p. 143-160

- JOHN-NAMBO, Joseph, 2002, « Quelques héritages de la justice coloniale en Afrique noire », in *Droit et Société* 51/52, p. 325-344
- JOHN-NAMBO Joseph, 2002, « Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire », *Droit et Société* 51/52-2002, p. 325-344
- QUIVY, Raymond et Luc, VAN CAMPENHOUDT. 2009. *Manuel de recherche en sciences sociales*. Paris, Dunod, 3^e édition entièrement revue et augmentée
- MOUTEKE, R. et I. LOCKO, « Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue » ; in *droits de l'homme en Afrique centrale*, colloque de Yaoundé, 9-11 novembre 1994, ed. Ucac-Karthala, 1996, p. 169

Webographie

- <http://www4.gvsu.edu/coler/CPY351/index.htm>
- ENGEL, A. et KORF, B. 2006. *Les techniques de négociation et de médiation appliquées à la gestion des ressources naturelles*, FAO, Rome
<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/08/a0032f/a0032f00.pdf>
- FAO. 1997. Relations de processus de décentralisation et pouvoirs traditionnels : typologie des politiques rencontrées. Par Nassirou BAKO-ARIFARI. *Decentralization and Rural Development* No. 15. Rome. Également disponible sur Internet (www.fao.org/sd/ROdirect/ROan0014.htm).
- HERRERA, A. et DA, Passano M. 2007. *Gestion alternative des conflits fonciers*, Rome, FAO, Manuels sur les régimes fonciers no 2 ;
<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/010/a0557f/a0557f00.pdf>
Gestion alternative : www.conflictsensitivity.org
- KAKISWENDEPOULMDE, Marcel Marie Anselme LALSAG, 2007, « Les Comités de Défense de la Révolution (CDR) dans la politique du Conseil National de la Révolution(CNR) de 1983 à 1987: une approche historique à partir de la ville de Ouagadougou », Maîtrise 2007, Université de Ouagadougou
- LOMPO, Myemba Benoît, 1999, « Cent ans de la justice burkinabé » in *Burkina Faso, cent ans d'histoire, 1895 - 1995*, Paris - Ouagadougou, Karthala - PUO, tome 1

ROGER, François et Nicole, 1989, « La justice populaire au Burkina Faso » in (revue) *Justice du syndicat de la magistrature* de janvier 1987 cités par Bruno JAFFRE, Burkina Faso, *Les années Sankara*, Paris, L'Harmattan, p. 127.

SANKARA, Thomas, 1984, Discours d'ouverture des premières assises des TPR in *Carrefour Africain* n° 812 du 6 janvier 1984, p. 23

Ordonnance N° 85-037/CNR/PRES du 4 août 1985 portant création et organisation de tribunaux populaires de secteurs, villages, départements et provinces au Burkina Faso in *Carrefour Africain* n° 896 du 16 août 1985, p. 15

Décret N° 85-405/CNR/PRES/MED/MIJ portant organisation et fonctionnement des tribunaux populaires de secteurs, villages, départements du Burkina Faso in *Carrefour Africain* n° 897 du 23 août 1985, p. 26

Les Colloques ouest africains sur la justice, DAKAR, SÉNÉGAL – janvier 2006, ACCRA, GHANA – octobre 2007,
<http://www.brandeis.edu/ethics/internationaljustice/judicialcolloquia/index.html>

DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE ET DROITS DES FEMMES

**Pr. Françoise DIENG,
professeure assimilée en droit privé,
directrice du Laboratoire de droit patrimonial de la famille. Ecole
doctorale en sciences juridiques, politiques, économiques et de
gestion de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Le droit patrimonial de la famille est un droit aux ramifications multiples. Certes, il comprend trois branches principales que sont le droit des régimes matrimoniaux, le droit des successions et le droit des libéralités mais il embrasse plusieurs disciplines. Sa compréhension nécessite la connaissance de quasiment toutes les matières du droit : le droit de la famille, le droit des biens, le droit des obligations, le droit des sûretés, le droit des voies d'exécution... pour n'évoquer que ceux-ci. Cette discipline a souvent été mise de côté car considérée comme étant vieillotte, figée, réservée aux nantis. Il est temps de remettre les pendules à l'heure, de montrer sa vitalité et son impact dans la vie des citoyens particulièrement des femmes. D'où le thème de cette étude « droit patrimonial de la famille et droits des femmes ». Celles-ci étant traditionnellement relayées au second plan tant dans la société que par les lois qui la régissent. Il suffit de regarder le sort qui leur est réservé par le droit de la famille : admission de la polygamie¹, mari établi chef de famille², choix de la

¹ Art. 113 CF. Non seulement la polygamie est admise mais à défaut d'option par le mari elle est présumée cf art. 116 al. 2, 2° CF.

résidence du ménage par le mari³...Le droit patrimonial de la famille s'inscrit-il dans cette logique de discrimination à l'endroit des femmes ou au contraire peut-il contribuer à leur émancipation en leur permettant notamment d'acquérir des biens équitablement et d'en disposer librement ? C'est en quelque sorte le binôme propriété et pouvoir appliqué aux femmes qui est ainsi posé.

En ce troisième millénaire, la question des droits des femmes ne devrait plus se poser tant il est vrai que les plus hautes instances internationales sont venues à leur secours par des textes signés et ratifiés par de nombreux Etats dont le nôtre, relayés par des Constitutions qui proclament l'égalité entre homme et femme refusant ainsi toute discrimination au sein du genre humain. Pourtant, il reste du chemin à parcourir pour atteindre l'égalité tant espérée.

L'histoire nous montre le dur combat des femmes pour une reconnaissance de leurs droits. Il suffit de se rappeler l'époque où la femme mariée était frappée d'incapacité juridique. Au demeurant, c'est une institution du droit patrimonial de la famille qui lui ouvrit les portes de la capacité juridique ! En l'occurrence l'institution des biens réservés par la loi française du 13 juillet 1907 – alors applicable au Sénégal. Ce texte donna à la femme mariée la liberté de percevoir ses gains professionnels et les pleins pouvoirs sur les biens acquis avec ses gains professionnels⁴ à condition qu'elle exerce une profession séparée de celle de son mari. Elle pouvait donc percevoir librement ses gains et salaires et acquérir grâce à ceux-ci des biens réservés à son administration⁵. Cette loi⁶ fut le point de départ d'une

² Art. 152 CF puissance maritale : « Le mari est le chef de la famille, il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants ».

³ Art. 153 Résidence du ménage « Le choix de la résidence du ménage appartient au mari ; la femme est tenue d'y habiter avec lui et il est tenu de l'y recevoir ».

⁴ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*. 5^e éd. LGDJ Lextenso éditions 2015 p. 21 n° 21.

⁵ *Idem*.

⁶ La gestation de la loi du 13 juillet 1907 fut longue et pleine de péripéties. Elle doit beaucoup au député Léopold Goirand qui la présenta à l'Assemblée nationale le 9 juillet 1894 plaidant avec flamme pour la cause des femmes.

évolution législative vers la reconnaissance du rôle et de la capacité juridique de la femme mariée. Elle fut suivie de la loi du 18 Février 1938 qui supprima la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée⁷ puis de celle du 22 septembre 1942⁸ qui permit à la femme d'ouvrir un compte en banque sans l'autorisation de son mari. La loi du 13 juillet 1965⁹ réforma le droit des régimes matrimoniaux avec parmi ses objectifs la volonté de promouvoir l'égalité entre les époux et enfin celle du 23 décembre 1985 renforça l'égalité entre les époux¹⁰.

Ainsi, une institution du droit patrimonial de la famille a porté les droits des femmes. Qu'en est-il du droit patrimonial de la famille dans son ensemble ? Plus précisément du droit patrimonial de la famille sénégalais ? Il s'agit en l'occurrence du droit des régimes matrimoniaux, du droit des successions et du droit des libéralités, ces

Cette loi devait, selon lui, mettre la femme honnête, laborieuse, économe, à l'abri d'un mari débauché, paresseux, dissipateur (v. D. Deroussin, *Histoire du droit privé* (XVI^e-XXI^e siècle) éd. Ellipses 2010 p. 206-207 n° 320).

⁷ La loi du 18 février 1938 supprima l'incapacité de la femme mariée et obligea la femme à contribuer aux dépenses du ménage !

⁸ Cette loi était censée instaurer des mesures de circonstances pour améliorer la gestion des biens du ménage par les femmes de prisonnier, mais en réalité, elle introduisit plusieurs règles importantes telles que la consécration du pouvoir de la femme sur ses biens personnels en régime séparatiste, la restriction des pouvoirs du mari dans la communauté du fait de la cogestion pour les donations. (R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*. 7^e éd. 2011 Lextenso- éditions p. 14 n° 10).

⁹ Lors des débats parlementaires, le garde des Sceaux, Jean Foyer avait dit du projet de loi, qu'il était « une nouvelle prise de la Bastille assurant une décolonisation de la femme » ! (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Droit des régimes matrimoniaux*. 5^e éd. 2015. LGDJ. Lextenso-éditions p. 19 n° 16) Ces deux auteurs jugent le propos du garde des Sceaux « joliment exagéré » et prématuré car la loi du 13 juillet 1965 maintenait une certaine prépondérance du mari qui ne devait disparaître qu'en 1985 (*id.*).

¹⁰ A. COLOMER et G. CHAMPENOIS, « La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », *Deffrénois* 1986 art. 33705 p. 481 et s. De l'avis de ces auteurs cette loi « prendra place sans nul doute, aux côtés de la loi du 13 juillet 1965 qu'elle réforme parmi les monuments législatifs les plus remarquables de la seconde moitié du XX^e siècle ».

trois branches du droit patrimonial de la famille. Quelle place accordent-ils aux droits de la femme ? Dans quelle mesure respectent-ils les droits de la femme ? En effet, celle-ci en tant qu'homme bénéficie des droits de l'homme mais il s'y ajoute des droits spécifiques aux femmes.

Le Sénégal manifeste son attachement aux droits de l'homme et aux droits de la femme. Quant aux droits de l'homme, le préambule de la Constitution de la République du Sénégal affirme son adhésion à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité Africaine, notamment la déclaration des droits de l'homme de 1948, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981¹¹. Quant aux droits des femmes, le même préambule affirme son adhésion à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979¹².

Ces textes préconisent l'égalité entre l'homme et la femme. Il n'est donc pas surprenant de trouver dans la Constitution des articles qui prônent cette égalité. C'est le cas de l'article premier alinéa 1^{er} selon lequel : « La République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion... ». L'article 7 après avoir souligné dans son alinéa 3 que « Le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix, et de la justice dans le monde », affirme dans son alinéa 4 : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit ». Comment ne pas évoquer l'article 19 si important pour notre propos, selon lequel : « la femme a le droit d'avoir son patrimoine propre comme le mari. Elle a le droit de gestion personnelle de ses biens ». On ne saurait passer sous silence le protocole à la charte

¹¹ B.S. NGOM, *Les droits de l'homme et l'Afrique*, silex éditions ; Paris 1984 p. 65 et s.

¹² H. OBERDOFF et J. ROBERT, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, 14^e édition 2016 LGDJ, Lextenso.

africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique du 11 juillet 2003 dit « Protocole de Maputo » signé et ratifié par le Sénégal¹³.

Le droit patrimonial de la Famille sera scruté à la lumière de ces différents textes, pour mesurer la place qu'il accorde aux droits de la femme. Le droit patrimonial de la famille a pour source principale le Code de la famille¹⁴. C'est ce texte qui constitue la base de notre réflexion pour répondre à la question de la place des droits de la femme en droit patrimonial de la famille et du respect des instruments internationaux protecteurs de droits des femmes à titre spécifique ou dans le cadre plus général des droits de l'homme.

Le Code de la famille est ambigu. En effet certaines de ses dispositions sont favorables aux femmes : c'est le cas des charges du ménage qui pèsent à titre principal sur le mari et des biens réservés qui accordent de larges pouvoirs aux femmes. A l'examen, on s'aperçoit que des dispositions apparemment favorables aux femmes ne le sont pas en réalité compte de la difficulté de leur mise en œuvre ; elles s'avèrent ainsi inefficaces. Il importe alors de rendre plus efficace la protection de la femme. D'autres dispositions sont discriminatoires : la discrimination envers la femme apparaît nettement dans les successions de droit musulman avec le privilège de masculinité où l'atteinte concerne sa part successorale et plus discrètement dans le régime dotal où l'atteinte concerne ses pouvoirs.

Il importe de remédier à ces discriminations résultant de textes non conformes à la Constitution sénégalaise et aux instruments régionaux ou internationaux ratifiés par le Sénégal. Ainsi, nous nous pencherons

¹³ Le Sénégal l'a signé le 26 décembre 2003 et ratifié le 27 décembre 2004. Le protocole de Maputo comporte des dispositions très précises. Ainsi dans l'article 21 relatif aux droits de succession il est écrit 1- « la veuve a le droit à une part équitable dans l'héritage des biens de son conjoint... » 2-« Tout comme les hommes, les femmes ont le droit d'hériter des biens de leurs parents en parts équitables ».

¹⁴ Loi n° 72-61 du 12 Juin 1972 portant Code de la Famille (*JOS* 1972 p. 1295) modifiée et complétée par la Loi n° 74-37 du 18 Juillet 1974 (*JOS* 1974 p. 1380), la loi n° 79-31 du 24 Janvier 1979 (*JOS* 1979 p. 114), la loi n° 89-01 du 17 janvier 1989 (*JOS* des 18 février et 3 juin 1989).

dans un premier temps sur la protection apparente des droits des femmes (I) et ensuite sur la discrimination envers les femmes (II).

I. Protection apparente des droits des femmes

Certains textes protègent les droits pécuniaires de la femme (A), d'autres ses pouvoirs (B). Chemin faisant, on peut noter des insuffisances rendant parfois inefficaces ces règles.

A. Protection des droits pécuniaires de la femme

Les droits pécuniaires de la femme sont protégés dans le cadre des régimes matrimoniaux quant aux charges du ménage (1), dans le cadre du droit des successions s'agissant des droits successoraux lorsqu'elle est en présence de l'enfant de l'article 534 CF et de l'attribution préférentielle (2) et dans le cadre du droit des libéralités avec la révocabilité des donations entre époux et les substitutions (3).

1. En droit des régimes matrimoniaux : charges du ménage

Le mariage crée des charges. Il s'agit des dépenses nécessaires à la communauté de vie et même tout simplement à la vie : que l'on soit marié ou célibataire, il faut manger, boire, se vêtir, se loger etc. mais la particularité des charges du ménage tient à ce que les époux doivent participer l'un et l'autre à ces dépenses. Comme l'indique l'article 375 alinéa 1^{er} CF : « sous tous les régimes, les époux s'engagent entre eux et à l'égard des tiers à pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants communs ».

Selon l'article 375 alinéa 2 CF, les charges du ménage pèsent à titre principal sur le mari. Le législateur fait peser sur le mari la prise en charge des dépenses liées à l'entretien des époux et de leurs enfants. Certes la femme n'est pas dispensée d'y participer mais elle n'y est tenue qu'à titre secondaire. La loi ne prend pas en compte les facultés des époux ce qui constitue un avantage pour la femme. Le législateur

sénégalais n'a pas repris l'article 214 du Code civil français selon lequel les époux sont tenus en fonction de leurs facultés respectives¹⁵.

Dès lors, sur la base de l'article 375 alinéa 2 CF, l'épouse pourrait refuser de contribuer autant ou plus que son mari aux dépenses ménagères alors même que ses moyens le lui permettraient. C'est une mesure favorable à la femme, sur le plan pécuniaire. Pour autant, il n'y a pas lieu de pavoiser car le fondement de cette règle est la qualité de chef de famille du mari¹⁶ ; l'article 375 al. 2 CF est la conséquence de l'article 152 CF qui fait du mari le chef de famille. Si ce texte était supprimé, il entraînerait la disparition de l'article 375 al. 2 CF. De plus, force est de reconnaître que les maris ne remplissent pas toujours cette obligation comme en atteste le contentieux relatif aux charges du ménage¹⁷.

En outre, malgré les termes de la loi, les juges n'hésitent pas à prendre en compte les facultés respectives des époux, ce qui peut se retourner contre la femme. Ainsi dans un jugement du tribunal régional de Dakar du 21 janvier 2013, le juge a alloué à l'épouse une somme inférieure à celle qu'elle réclamait en se basant sur les faibles ressources de son époux défaillant quant aux charges du ménage. Dans le même ordre d'idées, le tribunal départemental de Rufisque a écarté le défaut d'entretien invoqué par l'épouse au motif que les

¹⁵ Art. 214 (L. n° 65-570 du 13 juill. 1965). Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

¹⁶ Cette primauté du mari permet de distinguer l'obligation de participer aux charges du ménage du devoir de secours. Le devoir de secours fait partie des effets du mariage (art 151 CF) au même titre que le devoir d'assistance. Ce dernier a une coloration plutôt morale : assister son conjoint c'est le soutenir moralement par exemple lorsqu'il est malade. Le devoir de secours quant à lui a un caractère pécuniaire.

¹⁷ F.B. THIAM, *Recherches jurisprudentielles sur les charges du ménage au Sénégal de 1990 à 2001* », Mémoire de maîtrise en droit. Dir. F. DIENG, année académique 2001/2002 ; On observe que les juges sont conciliants envers les épouses en inversant la charge de la preuve du défaut d'entretien du ménage par le mari (p. 22) ; D.L. CISSE, *La jurisprudence sénégalaise en droit des régimes matrimoniaux de 2008 à 2017*, Mémoire de fin d'études, master2 droit notarial ; dir. F. DIENG, année académique 2015/2016.

manquements dans l'entretien liés à une insuffisance de moyens du mari ne pouvaient lui être objectivement reprochés.¹⁸

La femme peut à tort être considérée comme ne contribuant pas aux charges du ménage alors même qu'elle est « femme au foyer » et contribue à sa manière aux charges du ménage en dispensant son mari de prendre une femme de ménage occasionnant des frais de domestique¹⁹. Par ailleurs, si nombre de femmes se satisfont de ce que les charges du ménage pèsent à titre principal sur le mari, d'autres estiment que c'est une mesure discriminatoire car empêchant l'épouse de participer au même titre que son mari à la direction de la famille. Allant au-delà des apparences, elles considèrent que cette règle confère une prééminence au mari même si elle se traduit pour lui par une obligation.

On peut ainsi juger la règle ambiguë. Il serait plus équitable et donc plus avantageux pour la femme que les époux soient tenus en tenant compte de leurs facultés respectives. Cela protégerait plus efficacement les femmes démunies et aussi les femmes nanties qui en pratique prennent totalement en charge le ménage.

2. En droit des successions : protection de la femme assurée de manière directe et indirecte.

a. De manière directe : l'exigence de l'acquiescement de l'épouse ou des épouses en présence de l'enfant de l'article 534 CF

En principe, les enfants naturels ont les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes si leur filiation est juridiquement établie²⁰. Mais ce principe comporte des limites. Parmi celles-ci on trouve le cas de l'enfant naturel de l'article 534 CF. Ce texte évoque l'enfant né hors mariage qui a été reconnu par son auteur pendant qu'il était engagé

¹⁸ D.L. CISSE, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁹ En droit français, la loi du 13 juillet 1965 (art. 214 C. civ.) considérait que la femme au foyer contribuait ainsi aux charges du mariage, mais ce texte contesté par les femmes qui le trouvaient « sexiste » a été supprimé par la loi n° 75-617 du 11 juil. 1975. Il faut cependant souligner que le contexte culturel n'est pas le même ; au Sénégal nombre de femmes sont au foyer et ne le trouvent point dégradant.

²⁰ Art. 533 al 1 CF.

dans les liens du mariage. En pratique cela recouvre deux situations : celle de l'enfant adultérin *a patre* et celle de l'enfant né avant le mariage de son père qui est reconnu par celui-ci pendant son mariage avec une autre que sa mère²¹. Dans la première situation -celle de l'enfant adultérin- le législateur a voulu protéger la famille légitime contre l'adultère, en particulier l'épouse bafouée. Dans la seconde, il a voulu protéger l'épouse qui ignorait l'existence d'un enfant naturel de son mari²². Pour ces raisons, cet enfant n'aura pas toujours les mêmes droits qu'un enfant légitime : ses droits seront en effet diminués lorsque l'épouse de son père n'aura pas donné son acquiescement. En présence d'enfants légitimes, il aura droit à la moitié de la part d'un enfant légitime²³. En l'absence d'enfant légitime, il aura droit à la moitié de la part qu'il aurait eu s'il était légitime²⁴. Le sort de l'enfant dépend ainsi de l'attitude de l'épouse.

Ce faisant le législateur accorde à la femme un droit particulier. En effet, il conditionne l'assimilation de l'enfant de son mari à un enfant légitime à son acquiescement. La situation inverse ne se pose pas car l'article 534 CF évoque l'acquiescement de l'épouse ou des épouses.²⁵

²¹ Un homme a un enfant avec une femme x ; il épouse une femme y et pendant leur mariage, il reconnaît cet enfant.

²² Comme l'indique le professeur A. SOW SIDIBE : « le fondement de l'article 534 CF est double. Il s'agit d'abord à travers cette disposition de protéger l'épouse. Il y a en effet une rupture dans les termes du consentement au mariage. La solution envisagée en pareil cas permet d'éviter les conséquences d'une tromperie de la part du mari. L'article 534 permet également de sanctionner l'attitude malhonnête du mari » A. SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ 1991 p. 64.

²³ Art. 534 al. 2 CF.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Certes l'enfant adultérin *a matre* bénéficie de la présomption de paternité mais même s'il est prouvé qu'il n'est pas l'enfant du mari de sa mère (désaveu de paternité) : il héritera de celle-ci comme un enfant légitime. Le professeur GUINCHARD est choqué de cette situation « parce que dans la même hypothèse un enfant adultérin *a patre* verra sa part réduite » *op. cit.* p. 435 n° 974.

Le juge Kéba Mbaye avait plaidé en faveur de la femme considérant que dans les deux cas c'était une question de justice²⁶.

b. De manière indirecte

- La propriété et non l'usufruit, attribuée au conjoint survivant

Avant l'entrée en vigueur du Code de la famille²⁷, le conjoint survivant auquel s'appliquait le Code civil français²⁸, avait droit au quart en usufruit. Avec l'avènement du Code de la famille, le conjoint survivant a droit à la part de l'enfant légitime le moins prenant sans qu'elle ne dépasse le quart (art 530 CF)²⁹ ou à la moitié de la succession (art. 531 CF)³⁰ ou à la totalité de la succession (art 532CF)³¹ en propriété. Donc sa part successorale est améliorée. Certes ces règles concernent les deux époux mais en pratique, elles s'appliquent le plus souvent à la veuve.³²

- L'attribution préférentielle

C'est une modalité du partage. Comme son nom l'indique, elle consiste à attribuer à un héritier un bien de la succession par

²⁶ Travaux du comité des options pour l'élaboration du Code de la famille, séance du 25 avril 1966 p. 43.

²⁷ Le Code de la famille est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1973.

²⁸ Avant l'entrée en vigueur du Code de la famille, certains époux s'étaient mariés selon une coutume, d'autres s'étaient mariés selon le Code civil français. En effets les natifs des quatre communes d'exercice, à savoir : Saint-Louis, Dakar, Gorée et Rufisque étaient soumis au Code civil français. Au demeurant celui-ci, avant la loi du 3 décembre 2001 n'accordait pas des droits importants au conjoint survivant ; comme le souligne le professeur Ph. MALAURIE : « Avant la loi de 2001, le conjoint était le parent pauvre du droit successoral ; l'accroissement de ses droits depuis 1804 n'empêchait pas que sa vocation *ab intestat* demeurât médiocre », Ph. MALAURIE, *Droit Civil, Les successions. Les libéralités*, éd. Defrénois, Lextenso éditions 2010 p. 63 n° 86.

²⁹ En présence de descendants légitimes.

³⁰ En l'absence de descendants légitimes mais en présence d'héritiers au degré successible.

³¹ En l'absence de descendants légitimes et de parents au degré successible.

³² A propos du conjoint survivant : « en fait dans la grande majorité des cas, la question concerne la femme survivante » (S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 440 n° 987).

préférence aux autres héritiers, à charge pour le bénéficiaire d'indemniser les non attributaires sous forme de soulte. Elle est prévue par l'article 476 CF. Parmi les biens objets de l'attribution préférentielle³³ figure l'immeuble servant effectivement d'habitation à l'héritier. En pratique, c'est la veuve et ses enfants qui en bénéficient le plus souvent.³⁴ Cela est dû au fait que statistiquement parlant, le conjoint survivant est la femme. Il s'y ajoute le fait que les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation lorsqu'une demande d'attribution préférentielle leur est faite. Alors même que les bénéficiaires sont le conjoint ou tout autre héritier, ils ont tendance à privilégier la veuve par rapport à d'autres héritiers tels que les collatéraux privilégiés ou les ascendants privilégiés, suivant en cela le législateur. En effet la rédaction de l'article 476CF peut surprendre puisqu'il indique que « le conjoint survivant ou tout autre héritier peut demander l'attribution préférentielle ». Le conjoint survivant est pourtant héritier ! Ce pléonasme peut être interprété comme une invitation à favoriser le conjoint survivant qui se trouve être généralement la veuve³⁵.

³³ Les biens pouvant faire l'objet d'une attribution préférentielle sont les suivants : -l'entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou agricole à l'exploitation de laquelle l'héritier demandeur participait effectivement au jour du décès ; -les droits sociaux lorsque l'entreprise précitée est exploitée sous forme de société ; -l'immeuble ou la partie d'immeuble servant effectivement d'habitation à l'héritier demandeur ainsi que le droit au bail des locaux qui servent effectivement d'habitation.

³⁴ N. DIOUF, *L'attribution préférentielle en droit successoral sénégalais*. Thèse soutenue à Dakar, le 19 décembre 2015, p. 204 et s.

³⁵ Le professeur Guinchard va assez loin dans cette idée puisqu'il considère qu'« en visant spécialement le conjoint survivant, il semble que la loi ait voulu lui reconnaître le droit à l'attribution préférentielle alors même qu'il ne serait pas héritier parce qu'il aurait renoncé à la succession » S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 626 n° 1545.

3. *En droit des libéralités : protection de la femme assurée de manière indirecte*

Il y a égalité entre époux et faveur pour la femme indirectement. En l'occurrence il s'agit de la révocabilité des donations entre époux (a) et des substitutions (b).

a. Révocabilité des donations entre époux

La donation entre époux obéit à un régime particulier. Selon l'article 823 CF, les donations entre époux sont révocables. C'est une exception au principe posé par l'article 697 CF selon lequel la donation est un contrat irrévocable³⁶. Pourquoi cette révocabilité des donations entre époux ? Le législateur a voulu remédier aux donations faites sous l'emprise de la passion ou sous la pression du conjoint !³⁷ Or, il faut reconnaître la vulnérabilité de l'épouse qu'il s'agisse de passion ou de pression. Cela nous autorise à voir dans l'article 823 CF une mesure protectrice de la femme. Ainsi, lorsque les feux de la passion seront éteints et la pression disparue, la femme ayant fait une donation à son époux pourra la révoquer !

b. Substitutions

La substitution est la disposition par laquelle l'auteur d'une libéralité impose au bénéficiaire de conserver le bien donné ou légué pour le transmettre à sa mort à une autre personne nommément désignée, l'appelé³⁸. L'article 790 CF prévoit la substitution au profit des petits-enfants et l'article 791CF la substitution au profit des descendants des frères et sœurs. Cependant, pour être valables, les substitutions sont soumises à des conditions de validité. Ainsi, selon l'article 792 CF, elles ne sont valables « qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés ou à naître du grevé sans exception ni préférence d'âge ou de sexe ». Cette exigence *in fine*

³⁶ C'est une des différences de la donation par rapport au testament qui lui est révocable.

³⁷ Le droit regarde avec suspicion les libéralités ; s'agissant des époux, les donations sont traitées avec rigueur. S. MALAURIE, *op. cit.* p. 349 n° 786.

³⁸ S. MALAURIE, *op. cit.*, p. 236 n° 489.

traduit le souci du législateur d'empêcher une préférence au bénéfice des mâles. C'est le refus d'un privilège de masculinité qui est indirectement affirmé par le législateur.

B. Protection des pouvoirs de la femme

Le Code de la famille protège les pouvoirs de la femme. Il s'agit des biens réservés (1) et des pouvoirs bancaires (2).

1. Biens réservés

C'est une institution phare en faveur de la femme mariée : elle lui permet d'administrer et de disposer des biens réservés.

Initialement, le Code de la famille limitait la liberté de la femme mariée d'exercer une profession. En effet, selon l'article 154 du Code de la famille, la femme pouvait exercer une profession séparée de celle de son époux à moins que celui-ci ne s'y oppose. La loi n° 89 -01 du 17 janvier 1989 abrogea ce texte qui bridait la liberté de travail de la femme mariée. Désormais, celle-ci peut exercer librement une profession. Mais travailler librement ne suffit pas, encore faut-il pouvoir disposer librement des fruits de son travail. Le Code de la famille reconnaît à la femme mariée exerçant une profession séparée de celle de son mari de larges pouvoirs sur les fruits de son activité professionnelle.

Selon l'article 371 alinéa 2 CF « Les biens acquis par la femme dans l'exercice d'une profession séparée de celle du mari constituent des biens réservés qu'elle administre et dont elle dispose, sous tous les régimes, suivant les règles de la séparation des biens ». En l'occurrence, dans le régime de séparation des biens les époux ont la plénitude de pouvoirs sur leurs biens personnels.³⁹ La femme a donc sur les biens réservés les pouvoirs les plus absolus.

³⁹ Art. 380 al. 1 CF « Chacun des époux conserve dans le régime de la séparation des biens l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels... ». Comme l'indique le professeur GINCHARD : « ce texte consacre la totale indépendance des époux séparés de biens. Cela signifie concrètement que chacun peut agir seul sur tous ses biens, pour tous les actes qu'il veut même les plus graves et que réciproquement aucun des

Il faut cependant préciser que cette plénitude de pouvoirs se manifeste surtout dans le régime communautaire car elle détient déjà les pleins pouvoirs sur ses biens personnels dans le régime de la séparation des biens et sur les biens paraphernaux⁴⁰ dans le régime dotal. En revanche, en régime communautaire, le principe est que pour certains actes particulièrement graves tels que l'aliénation d'un immeuble, le consentement des deux époux est requis⁴¹. Ainsi, la femme mariée peut vendre librement un immeuble acquis grâce à ses revenus professionnels parce que c'est un bien réservé alors que son mari s'il a acquis un immeuble grâce à ses revenus professionnels ne peut l'aliéner sans le concours de son épouse. Il y a là inégalité de pouvoirs en faveur de la femme.

Par ailleurs, en régime communautaire de participation aux meubles et acquêts, les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage (les acquêts) entreront dans la masse commune lors de la liquidation du régime, autrement dit seront partagés entre la femme et son mari⁴², néanmoins, la femme a les pleins pouvoirs sur ces biens ! Dès lors on peut affirmer que l'institution des biens réservés ne présente d'intérêt que pour les femmes mariées sous le régime

époux n'a de pouvoir d'intervention dans les affaires de l'autre » *Droit Patrimonial de la famille au Sénégal*. LGDJ- NEA, p. 144-145, n° 278.

⁴⁰ Les biens paraphernaux sont les biens de la femme autres que les biens dotaux.

⁴¹ Art. 391CF Actes de disposition. « Ne peuvent être faits que du consentement des époux les actes de disposition emportant aliénation totale ou partielle, à titre onéreux ou gratuit, d'immeubles, de fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables. Les capitaux provenant de ces opérations ne peuvent être perçus sans ce consentement commun. // Ce consentement des deux époux est également exigé pour donner à bail un immeuble à usage commercial et pour les autres baux excédant 9 années ».

⁴² Ce sont des « futurs biens communs ». Le législateur utilise l'expression « biens exclus de la liquidation ». Ces biens seront partagés entre les deux époux. Donc ce sont des biens communs. Plus exactement des futurs biens communs car ce n'est qu'à la dissolution du régime qu'apparaît la distinction entre biens communs et biens propres.

communautaire de participation aux meubles et acquêts. Lequel est peu usité en pratique⁴³.

Par ailleurs, on peut regretter la mise en œuvre difficile des biens réservés, liée à l'interprétation de l'article 371 alinéa 2 CF : « Les biens acquis par la femme dans l'exercice d'une profession séparée de celle du mari constituent des biens réservés qu'elle administre et dont elle dispose, sous tous les régimes suivant les règles de la séparation des biens... ». L'exigence d'une profession séparée de celle du mari a fait l'objet de discussions doctrinales. Certains auteurs mettent l'accent sur la profession : l'essentiel est qu'elle soit séparée de celle du mari⁴⁴. D'autres insistent sur les revenus : ils doivent être distincts de ceux du mari⁴⁵ même si la profession est exercée en commun. Les époux peuvent, selon eux, avoir le même employeur, la femme peut être employée ou collaboratrice de son mari, l'essentiel étant que les revenus soient nettement différenciés⁴⁶.

La première thèse, celle de la profession séparée, a notre faveur car répondant au fondement principal de l'institution des biens réservés qui est d'assurer l'indépendance juridique de la femme mariée ; celle-ci ayant manifesté son indépendance par sa profession, il est normal qu'elle gère les fruits de son travail. Néanmoins, pour faciliter la mise en œuvre de cette institution protectrice des droits des femmes, nous pensons que l'article 371 alinéa 2 devrait être modifié et se contenter d'exiger que la femme exerce une profession. La protection de la femme serait ainsi renforcée.

2. Pouvoirs bancaires

Il y a égalité entre époux et faveur pour la femme indirectement. Selon l'article 374 CF : « Chacun des époux peut se faire ouvrir tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel.

⁴³ Le régime communautaire ne peut être adopté en cas de polygamie ce qui restreint fortement son adoption au Sénégal où la polygamie est très présente.

⁴⁴ Rouast, Voirin cités par S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 100 n° 163.

⁴⁵ Ponsard, Marty, Raynaud, Colomer cités par S. GUINCHARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁶ S. GUINCHARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

L'époux déposant est réputé à l'égard du dépositaire avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt. » Le législateur englobe dans cette disposition, la femme et le mari. Mais c'est la femme qui est protégée. Il veut à travers cette disposition assurer son indépendance. En effet, si le mari a toujours pu se faire ouvrir un compte en banque en son nom, tel n'est pas le cas de la femme : il fallut attendre la loi du 22 septembre 1942 pour qu'elle bénéficie de ce droit.

Avoir un compte en banque ne suffit pas. Encore faut-il pouvoir l'utiliser, le faire fonctionner en effectuant des dépôts, des retraits, des virements etc. C'est dire l'importance de l'article 374 CF dont la deuxième phrase pose une présomption de pouvoirs.⁴⁷ Le législateur sénégalais s'inspire de l'article 221 du Code civil français. Ce texte issu de la grande loi du 13 juillet 1965 dispose, dans son premier alinéa que « chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel. » Auparavant, les banques refusaient de traiter avec une femme mariée sans l'accord ou l'intervention de son mari⁴⁸. Désormais, grâce à cette disposition, les banquiers ne font plus de discrimination entre mari et femme que ce soit lors de l'ouverture du compte ou pour son fonctionnement⁴⁹. La présomption de pouvoirs assure une protection efficace des époux.⁵⁰ Cette assertion est valable au Sénégal. En l'occurrence la femme est la principale bénéficiaire de cette protection. Le législateur a ainsi posé des règles qui directement ou indirectement protègent la femme. Leur effectivité et leur efficacité pouvant être parfois remise en cause.

On observe aussi des règles discriminatoires envers les femmes.

⁴⁷ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 105-106 n° 176.

⁴⁸ A. COLOMER et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 492 n°23 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, p. 60 n° 82.

⁴⁹ A. COLOMER et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, p. 492 n° 24.

⁵⁰ R. Cabrillac, *op. cit.*, p. 70 n° 71. L'auteur précise qu'en matière bancaire, la liberté de l'épouse d'ouvrir un compte n'est devenue effective que grâce à une présomption de pouvoirs pour le fonctionnement du compte.

II. Discrimination envers la femme

Le droit patrimonial de la famille contient des règles discriminatoires envers les femmes. Cette discrimination envers la femme⁵¹ constitue une atteinte au principe d'égalité entre l'homme et la femme consacré par la Constitution et les textes régionaux et internationaux ratifiés par le Sénégal⁵². On peut la constater en droit des successions et dans le régime dotal (A). Face à ce constat quelles solutions pour y remédier (B) ?

A. Discrimination en droit des successions et dans le régime dotal

1. *En droit des successions : non respect de l'égalité homme- femme, atteinte aux droits des femmes*

a. Il s'agit principalement des successions de droit musulman, régies par le titre II du livre VII du Code de la famille. On observe une rupture de l'égalité entre l'homme et la femme au détriment de celle-ci puisque la part successorale de la femme est inférieure à celle de l'homme. L'une des spécificités du droit sénégalais des successions musulmanes est le privilège de masculinité⁵³. A égalité de classe, de

⁵¹ La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes faite à New York le 18 décembre 1979 définit le terme « discrimination » ; selon l'article 1^{er} de cette convention : « aux fins de la présente convention, l'expression « discrimination à l'égard des femmes » vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou tout autre domaine. V. H. OBERDOFF et J. ROBERT, *Libertés fondamentales et Droits de l'homme* ; Recueil des textes français et internationaux. LGDJ Lextenso, 14^e édition 2016.

⁵² Cf. *supra* introduction.

⁵³ « Le privilège de masculinité existait avant l'Islam aussi bien dans la péninsule arabe que dans certaines coutumes africaines. En réalité l'Islam a même bien souvent constitué un progrès, dans la mesure où les femmes n'avaient aucun droit de succession, alors qu'elles étaient parfois objet de succession (et dévolues avec les meubles). En leur accordant une part égale à

degré et de lien de parenté, la femme a la moitié de la part de l'homme.

Selon l'article 637 alinéa 1 CF, si les *aceb* en concours ne sont pas de même sexe, les hommes ont le double de la part des femmes. En principe les *aceb* sont des hommes parents par les hommes. Cependant des femmes peuvent devenir *aceb* en présence d'homme. C'est les cas de la fille en présence du fils, la fille du fils en présence du fils du fils, la sœur germaine en présence du frère germain, la sœur consanguine en présence du frère consanguin. Ce sont des *acebs* par un autre⁵⁴. Lorsque les femmes sont légitimaires et que leur « vis-à-vis ' » mâle l'est aussi, la légitime des femmes est inférieure à celles des hommes ; ex la veuve $\frac{1}{4}$ ⁵⁵, le veuf $\frac{1}{2}$ ⁵⁶ en l'absence d'enfants ; la veuve $\frac{1}{8}$ ⁵⁷, le veuf $\frac{1}{4}$ ⁵⁸ en présence d'enfant.

b. Il s'agit aussi des successions de droit commun en cas de polygamie. Dans l'hypothèse où le *de cuius* ne laisse pas de descendants mais des ascendants ou collatéraux, les veuves se partagent la part qu'elles auraient eu si elles étaient seules. De même lorsqu'il ne laisse ni descendants ni parents au degré successible.⁵⁹ La polygamie restreint ainsi les droits successoraux des veuves dans les hypothèses précitées.

2. Dans le régime dotal

Dans le régime dotal on observe une « incapacité » de la femme, les biens dotaux étant confiés au mari pour qu'il les administre. Le régime dotal se caractérise par l'existence de deux catégories de biens appartenant à la femme : les biens paraphernaux qui sont gérés par la femme et les biens dotaux qui sont en principe gérés par le mari.

la moitié de celle de l'homme, le droit musulman les favorise » S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 471 n° 1098.

⁵⁴ Art. 578 al. 3 CF.

⁵⁵ Art. 609 CF.

⁵⁶ Art 602 CF.

⁵⁷ Art. 610 CF.

⁵⁸ Art. 608 CF.

⁵⁹ Art. 529 et s. CF.

Les biens dotaux sont des immeubles immatriculés, des valeurs mobilières déposées dans une banque dans un compte spécial dit « compte dotal » et des animaux constituant un cheptel et leur croît⁶⁰ donnés à la femme à l'occasion de son mariage par d'autres personnes que son mari⁶¹. On peut constater qu'il s'agit de biens de grande valeur⁶². Ce n'est pas un hasard car le régime dotal a pour but d'affecter à la famille des biens qui lui permettront de subsister. Les biens dotaux assurent la sécurité matérielle de la famille. Les biens dotaux appartiennent à la femme car ils lui sont donnés. Il s'agit d'une donation. De plus, en cas de dissolution du régime dans les différentes hypothèses que sont, la fin du mariage suite au décès ou au divorce, la séparation de corps, ou la séparation des biens judiciaire, les biens sont restitués à la femme ou attribués à ses héritiers⁶³.

Bien qu'ils appartiennent à la femme, les biens dotaux sont gérés par le mari. En effet, selon l'article 385 CF : « les biens soumis au régime dotal sont remis au mari. Celui-ci les administre pendant le mariage en bon père de famille ». La gestion par le mari de biens appartenant à son épouse fait peser sur celle-ci un soupçon d'incapacité à les gérer. On peut y voir une mesure discriminatoire à l'encontre de la femme qui porte ainsi atteinte à l'article 19 de la Constitution selon lequel : « la femme a le droit d'avoir son patrimoine propre comme le mari. Elle a le droit de gestion personnelle de ses biens ». Cela s'explique par la qualité de chef de famille du mari et l'affectation des biens dotaux à la famille. Il va sans dire que si le mari perdait cette qualité, la gestion des biens dotaux ne lui serait plus confiée.

On peut ainsi constater, à travers le régime dotal et le droit des successions musulmanes des discriminations envers la femme. Ces discriminations portent atteinte d'une part à la Constitution et d'autre

⁶⁰ Art. 384 al. 2 CF.

⁶¹ Art. 384 al. 1 CF.

⁶² Aux biens précités, il faut ajouter les biens acquis en échange, en emploi ou sous-emploi d'un bien dotal cf. art. 384 al. 4 CF.

⁶³ Art. 58 CF.

part aux instruments régionaux et internationaux ratifiés par le Sénégal. Quels sont alors les remèdes à y apporter ?

B. Remèdes

Quelles que soient les explications des mesures discriminatoires à l'encontre des femmes⁶⁴, celles-ci sont inadmissibles et devraient être éliminées. Le Sénégal a intégré à la Constitution divers textes qui prônent l'égalité entre l'homme et la femme. Dès lors, l'existence de lois discriminatoires envers la femme –pour notre propos– constitue une atteinte à la Constitution. Pour remédier à cette atteinte, on distingue la voie de l'action et celle de l'exception. Par la voie de l'action, la loi peut être révisée sur initiative du gouvernement (projet de loi) ou sur initiative parlementaire (proposition de loi) pour la rendre conforme à la Constitution. Par la voie de l'exception, toute personne qui estime ses droits violés par cette loi pourra soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant une juridiction lorsque cette dernière voudra lui appliquer la loi en question. La juridiction va surseoir à statuer, le temps de saisir le Conseil constitutionnel pour examen de la conformité de la loi à la Constitution. Les juridictions saisies peuvent aussi vérifier la conformité de la loi aux conventions régionales et internationales.

Lorsque toutes les voies de recours internes auront été épuisées sans que le requérant n'obtienne satisfaction, les recours internationaux pourront être utilisés dans les conditions fixées par le droit international et le droit communautaire. L'article 2 du protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux

⁶⁴ Sur le privilège de masculinité : en droit musulman l'homme est tenu de pourvoir à l'entretien de sa famille ; sa part double serait une compensation à cette obligation ; (v. S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 472 n° 1099). Pour la société, le privilège de masculinité s'explique car la femme mariée est prise en charge par son mari ; la femme non mariée est prise en charge par son père, à défaut par son oncle, son frère, son neveu. Bref, il y aura toujours un homme pour la prendre en charge. Il faut préciser que ce privilège est très ancré dans les mœurs aussi bien chez les hommes que bon nombre de femmes qui y voient une prescription de la religion musulmane à respecter, l'argument de la laïcité de l'Etat n'étant pas pris en considération.

droits de la femme en Afrique, adopté par la deuxième session ordinaire de la conférence de l'Union à Maputo, le 11 juillet 2003 dispose : « les Etats combattent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, en adoptant les mesures appropriées au plan législatif, institutionnel et autre. A cet égard, ils s'engagent à... prendre des mesures correctives et positives dans le domaine où les discriminations de droit et de fait à l'égard des femmes continuent d'exister ».

Le législateur doit supprimer ces textes discriminatoires. Cela n'est pas facile mais c'est possible. S'agissant du régime dotal, supprimer la gestion des biens dotaux par le mari revient à enlever une partie substantielle de ce régime. Cependant, les biens dotaux ont une autre caractéristique quant à leur gestion, à savoir l'inaliénabilité. Ainsi, selon l'article 386 al. 1 CF les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ou hypothéqués ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. Dès lors, on peut permettre à la femme de gérer elle-même ses biens dotaux et maintenir leur inaliénabilité de principe⁶⁵ celle-ci ayant pour fondement d'affecter des biens à la famille, leurs revenus devant permettre à celle-ci d'avoir les ressources dont elle a besoin⁶⁶. Autrement dit ces biens, de grande valeur, constituent une soupape de sécurité pour la famille.

Quant au privilège de masculinité, il constitue aussi l'une des caractéristiques du droit sénégalais des successions musulmanes -un auteur souligne le caractère dogmatique des successions de droit musulman classique dont s'inspire le droit sénégalais⁶⁷- de sorte que

⁶⁵ Selon l'article 386 CF 3 Inaliénabilité des biens soumis au régime dotal. Al. 1 : L'application du régime dotal à un immeuble doit être mentionnée au registre foncier. Cet immeuble ne peut être aliéné ou hypothéqué ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. Al. 2 : Les autres biens dotaux ne peuvent être aliénés que sous réserve de emploi, sauf dispense accordée par le juge dans les conditions prévus à l'alinéa précédent.

⁶⁶ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 153 n° 300.

⁶⁷ A. SOW SIDIBE, *op. cit.*, p. 70 : « Compte tenu de l'islamisation de la majorité de la population sénégalaise et du caractère dogmatique des successions de droit musulman, le législateur sénégalais a conservé dans

le supprimer semble à première vue supprimer ce droit⁶⁸. En réalité, tel n'est pas le cas. En effet, le droit musulman ne se limite pas à ce privilège. Il a d'autres caractéristiques telles que la présomption d'acceptation sous bénéfice d'inventaire⁶⁹, le principe selon lequel l'héritier succède aux biens et non à la personne⁷⁰ ou encore le bénéfice de la réserve pour tous les héritiers⁷¹...

La tâche de rénovation du droit patrimonial de la famille pour un respect des droits des femmes est tout à fait possible. Le comité technique de révision des dispositions législatives et réglementaires mis en place par l'arrêté du 27 janvier 2016 s'y attelle. Sa mission étant d'étudier et de proposer la révision et l'harmonisation des lois et règlements nationaux avec les conventions internationales ratifiées par l'Etat du Sénégal.

*

**

Au terme de cette étude, pour répondre à la question initialement posée « Quelle place le droit patrimonial de la famille réserve-t-il aux droits des femmes ? Force est de reconnaître que le droit patrimonial

l'ensemble un tel système successoral » ; p. 71 : « le second principe coranique retenu par le Code (de la famille) en matière de dévolution est le privilège de masculinité selon lequel, à vocation successorale identique, l'homme reçoit le double de la part de la femme ».

⁶⁸ Le professeur S. GUINCHARD s'interroge : « Peut-il exister un droit successoral musulman sans ce privilège ? » *op. cit.*, p. 472 n° 1100.

⁶⁹ Selon l'article 645 CF « Les héritiers sont présumés accepter sous bénéfice d'inventaire sans avoir à souscrire aucune déclaration au greffe mais à condition de procéder à l'inventaire prévu par l'article 429 dans le délai de quatre mois à compter du décès et sous la sanction édictée par ledit article ».

⁷⁰ Il est un principe traditionnel en droit successoral musulman que l'héritier succède aux biens et non à la personne du défunt. Il n'y a donc d'héritéité qu'après l'acquittement des dettes. L'héritier n'hérite que de l'actif (S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 566 n° 1375).

⁷¹ Art. 649 al. 2 CF : « Celui qui a des héritiers ne peut disposer que jusqu'à concurrence de la quotité disponible du tiers définie à l'article 504 du présent Code ».

de la famille protège les droits des femmes dans une certaine mesure mais cette protection comporte des failles. Soit parce qu'elle est la conséquence de la qualité de chef de famille du mari (charges du ménage) soit parce que sa mise en œuvre est difficile (biens réservés). Par ailleurs, il contient des mesures discriminatoires à l'encontre de la femme (successions musulmanes, régime dotal) auxquelles il importe de remédier. Les moyens juridiques de le faire existent. La volonté politique est présente comme en témoigne la création du Comité technique de révision des dispositions législatives et réglementaires précité.

Cette étude nous a donné un aperçu d'une mise à l'épreuve du droit, en l'occurrence, le droit patrimonial de la famille par les droits, au demeurant, les droits des femmes qui s'inscrivent dans la catégorie plus vaste des droits de l'homme. Comme l'indique un auteur « la mise à l'épreuve du droit par les droits de l'homme est l'un des phénomènes les plus marquants de ces trente dernières années »⁷² Et le droit de la famille semble le plus touché par ce phénomène.⁷³ Le Sénégal n'échappe pas à ce phénomène.

⁷² F. CHENEDE, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme » in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*. éd. Defrénois. lextenso éditions p. 139.

⁷³ *Idem*.

**L'ACCES A LA PROPRIETE¹ FONCIERE EN DROIT MALIEN :
ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES**

**Abdoulaye FOFANA,
enseignant chercheur à l'Université des sciences juridiques et
politiques de Bamako (USJPB), Mali**

S'il existe aujourd'hui, un concept juridique qui perturbe trop les Maliens, c'est bien la quête d'un droit² pour : « l'accès³ à la propriété

¹ «1 : La propriété, un droit emblématique du libéralisme. // La propriété a été présentée, au 18^{ème} siècle, comme un droit inaliénable et sacré, une de ces vérités évidentes en elles-mêmes. La vanité mais aussi l'hypocrisie sous-jacente à ces grandes proclamations retiennent aujourd'hui l'attention des chercheurs. On use de termes très généraux à des fins relativement restreintes » écrit Jacques Chevallier. (Jacques CHEVALLIER, *Les débuts de l'Etat moderne : une histoire des idées politiques au 19^{ème} siècle*, Paris, Fayard, 1976, p.4) ». Voir Observations de Nicaise MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*. EUE Editions Universitaires Européennes 2012, p. 177.

² On souligne d'emblée, que « L'étude du droit a deux domaines : le droit public et le droit privé. Le droit public envisage tout ce qui a rapport à l'Etat romain, le droit privé ce qui concerne les intérêts privés. » Ce propos d'ULPIEN, l'un des plus célèbres jurisconsultes romains, n'est pas fait pour étonner un lecteur contemporain ayant fréquenté un minimum le domaine juridique... »

³ Thomas SANKARA, *Nous sommes les héritiers des Révolutions du monde*. « L'accès à la propriété ou à la simple location des logements sociaux construits depuis le 4 août 1983 est strictement conditionné par l'engagement du bénéficiaire à planter un nombre minimum d'arbres et à les entretenir comme la prunelle de ses yeux. Des bénéficiaires irrespectueux de leur engagement ont été déjà expulsés grâce à la vigilance de nos Comités de défense de la révolution, que les langues fielleuses se plaisent à dénigrer

foncière ». Cette constatation est illustrée par la multiplication des contentieux fonciers, avec leurs lots de crises sociales, qui affectent les rapports de coexistence pacifique entre les populations de ce pays ; rapports qui se sont consolidés à partir d'une interaction des facteurs administratifs, historiques, culturels, sociaux, économiques ou géopolitiques, plusieurs fois séculaires ; ainsi que l'ordre public⁴, républicain instauré au prix de longues années de lutte patriotique pour l'instauration d'une gestion démocratique des collectivités territoriales.

En effet, la question de la propriété foncière se pose avec acuité dans ce pays, vaste d'une superficie de près de 1 204 000 m², peuplé de près de 18 000 000 d'habitants, avec un taux de croissance économique de près de 4,5 % en moyenne annuelle, tiré par le secteur primaire, qui fournit près de 45 % du PIB. Il convient de préciser également que près de 65 % de la population malienne vit en milieu rural et que la loi de finances 2018 a enregistré 11 825 000 000 FCFA au titre des alinéations d'immeuble. Aussi chaque gouvernement voudrait-il « favoriser un accès équitable des citoyens à la terre, à un logement décent et une sécurité foncière aux producteurs et promoteurs économiques »⁵.

Mais, vue la complexité de la question de la propriété foncière, les gouvernants, paysans ou cadres administratifs ayant en charge sa gestion, à l'instar des citoyens qui en sont confrontés, semblent croire

systematiquement et sans aucune nuance... » *Discours de la révolution au Burkina Faso 1983-1987*, 2001, 2007 Pathfinder Press, p. 89.

⁴ A. GIMALAC, *Droit public concours administratif* : « L'ordre public. Il est déterminé par le triple objet traditionnellement reconnu au pouvoir de police du maire : la sûreté ou sécurité, c'est-à-dire la prévention des complots, des troubles menaçant les personnes et les biens, des fléaux et accidents (ex. : accidents routiers, incendies, inondations) ; la tranquillité ou le bon ordre, c'est-à-dire la prévention du bruit, des troubles et désordres divers dans les rues et les lieux publics ; la salubrité, c'est-à-dire l'hygiène ou la santé publique : par ex., la prévention des pollutions et des épidémies. » ; cours/textes d'applications/sujets d'étude. DIA. Librairie Belin 1986, p. 236.

⁵ Voir *Cadre stratégique pour la croissance et la réduction de la pauvreté (CSCR 2012-2017)* du 28 décembre 2011. p. 95.

que sa solution relèverait plus d'une énigme, que du droit⁶. Cette perception pose un problème de qualification de la notion de : *propriété*⁷ qui peut être publique ou privée, c'est-à-dire collective ou individuelle et *foncier* qui peut être objet de plusieurs droits⁸ et enjeux.

A en croire Caroline Camard⁹ : « Il nous semble, au contraire, que la propriété est une institution juridique qui n'est ni privée, ni publique : elle transcende l'opposition du droit public et du droit privé ; elle est commune et universelle. La propriété est en effet dans tous les cas, une relation qui unit une personne à un bien et qui se caractérise essentiellement par l'attribution à cette personne d'un pouvoir de libre disposition. »

⁶ Bakary CAMARA, *Evolution des systèmes fonciers au Mali. Cas du bassin cotonnier de Mali sud. Zone office du Niger et région CMDT de Koutiala*, Thèse de doctorat. Editions CODESRIA 2015, p. 7. « Les droits fonciers comprennent les droits de propriété et d'autres droits de détention et d'usage (bail, usufruit, servitudes, droit de parcage, etc.), qui peuvent coexister sur la même parcelle de terre. Les droits fonciers peuvent être détenus par des particuliers ou des groupes (propriété privée, par exemple) ou par l'Etat (propriété domaniale, « trusteeship », etc.). Ils peuvent être basés sur la législation nationale, sur le droit coutumier ou sur une combinaison des deux ».

⁷ Hervé MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*. Thèse soutenue en France à l'Université Panthéon-Assas, le 13 novembre 1999, sous la présidence du professeur Didier TRUCHET.

⁸ Notre ancien droit a connu un système très différent de celui de la propriété romaine, au moins quant à la propriété des fonds. Dans le régime féodal, la terre -à l'exception des alleux- est concédée par le suzerain, soit à un noble (contrat de fief), soit à un roturier (contrat de censive). Elle n'est donc pas, comme en droit romain, objet d'un droit exclusif, mais de plusieurs droits : le droit du suzerain (domaine direct ou éminent), le droit du concessionnaire (domaine utile) ... Voir : Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*. Tome II deuxième volume. Editions Montchrestien 1984, p. 12.

⁹ Caroline CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz 2004, p. 22-23.

Le problème devient plus complexe surtout en matière de droit de propriété des personnes publiques¹⁰, lorsque la question intéresse plusieurs bénéficiaires, formant un groupement qualifié de personne morale ; ou lorsque l'on considère que « toutes les choses » qui peuvent procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles de devenir une propriété privée. Or, « toutes les choses », connues sous le nom générique de biens en droit civil, font l'objet d'une gestion particulière en matière d'économie (générale ou familiale) ou en droit public.

Considéré sous un tel angle, le régime de la propriété privée aurait une signification politique, qui serait le pendant socioculturel du droit des biens en France, ou toute autre société d'essence libérale. Selon Jean- Jacques Rousseau, l'accès à la propriété foncière revêt un fondement à la fois politique et historique, caractéristique d'une société donnée, comme l'illustre les propos suivants : « le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile »¹¹.

En abordant l'étude de ce thème consacré à la propriété foncière, on n'entend pas cogiter sur l'histoire du droit pour évoquer l'apport de la Révolution française, à la disparition des grandes propriétés foncières privées, au profit de la majorité des citoyens. Ou bien, proposer une solution immédiate à la question du logement¹², qui

¹⁰ Jean-François POLI, « Pendant longtemps la doctrine a refusé de considérer que les personnes publiques puissent avoir sur leurs biens les mêmes droits que ceux qui sont détenus par des personnes privées ... Ces thèses sont restées dominantes jusqu'au XIX^e siècle. Elles sont abandonnées à l'époque moderne avec le Doyen Hauriou. » Voir *Droit administratif des biens*. Collection Universités Droit. Editions ellipses 2003, p. 9.

¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, 2^e partie, 1971 ; p. 144 : adde le renvoi à PASCAL, *Pensées*, 1^{re} partie, art. IX, § 53. Voir, Christian ATIAS, *Droit civil. Les Biens Tome 1*. Litec Droit. Dépôt légal : 11-1980, p. 4-5.

¹² Il est nécessaire, certes, que chaque famille puisse disposer d'un immeuble bâti ou non bâti dans la circonscription territoriale de sa résidence ; ce qui pourrait justifier les efforts consentis de nos jours par les citoyens, soit pour acquérir un lopin de terre cultivable ; soit pour construire un logement, ou

intéresse d'avantage les décideurs de politique publique, dans la gestion de la propriété immobilière, tant dans les villes européennes qu'africaines qui comptent toutes de nombreux cas de « sans domicile fixe », ou des « enfants de la rue ».

Il est simplement question d'analyser l'accès à la propriété foncière au Mali, caractérisé par un dualisme (sinon pluralisme) juridique, et de proposer des solutions de changement dans une perspective de bonne gouvernance et de développement durable.

Aussi, sa première partie serait-elle consacrée en un examen de l'état des lieux pour juger de la pertinence du maintien des droits coutumiers, qui malgré leur aspect anachronique semblent résister à toute tentative de réforme. Surtout que la difficulté de leur interprétation a engendré des conflits multiformes, préjudiciables à toute entreprise d'exploitation agricole en milieu rural ou de construction de logement¹³ en zone urbaine.

Il convient de rappeler que, depuis l'accession à la souveraineté internationale jusqu'à nos jours, les différents gouvernements du Mali, ont maintenu les droits coutumiers par défaut, en attendant la mise en œuvre des dispositions normatives relatives au foncier. Pour ce fait, ils comptent privilégier l'application d'une législation foncière moderne, avec un cadre approprié à la réglementation des contentieux y afférents. Certes, le droit positif malien, ne cesse de régler objectivement la propriété foncière comme une condition légale

disposer simplement d'un immeuble quelconque dans leur cité. Mais, il serait dangereux de diviser excessivement ou indistinctement les réserves foncières stratégiques ou les fonds de terre agricole pour des actions publiques populistes d'octroi de propriété : en de tel cas « ..., une division excessive est funeste »

¹³ Friedrich ENGELS, *La question du logement*. Editions sociales, classique du marxisme 1976, p. 7 : « Une nuée de vautours, trafiquants de tout acabit, se jette sur cette misère du logement. Ils spéculent sur les terrains à bâtir, ils spéculent sur les matériaux de construction, ils spéculent sur les appartements à louer ou à vendre ».

d'accès¹⁴ à la terre. Mais, les pratiques informelles ou traditionnelles, résistent davantage à toute volonté de réforme.

Actuellement, l'accès à la propriété foncière au Mali, est régi formellement par un Code domanial et foncier¹⁵ d'inspiration occidentale. Or, le propre de cette forme de propriété est fondamentalement économique, mercantile voire capitaliste. Ainsi, la terre devient vénale sous la poussée de l'individualisme, et de l'intensification des transactions monétaires ou commerciales¹⁶ propices au monde des affaires.

¹⁴ On doit se rappeler, que jadis, dans la conception traditionnelle malienne, l'accès à la propriété foncière était fondé sur des règles qui tiennent compte avant tout, de l'harmonie sociale. Dans ce contexte, la règle de droit n'est pas rigide ; elle s'assouplit en tenant compte des conséquences concrètes de son application, dans un contexte communautariste. Ce qui conforte l'opinion, qui considère l'accès à la propriété comme un acquiescement à un désir ; ou une affectation d'un espace collectif à un usage particulier. Un des caractères fondamentaux de cette conception traditionnelle, réside dans le fait que le droit est considéré comme un facteur de conciliation entre l'intérêt collectif et le désir personnel. C'est la recherche d'une solution consensuelle, acceptable et amiable qui prévaut en la matière. Mais, la conception moderne attribue au sujet de droit la propriété, en vue de lui conférer un droit d'exercice et de maîtrise sur la chose objet de la propriété. Par conséquent, le propriétaire foncier aura le droit d'user et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue.

¹⁵ Voir ordonnance n° 00-27/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier et le *Recueil des Codes et textes usuels du Ministère des domaines de l'Etat et des affaires foncières*.

¹⁶ Selon Jacques ATTALI, « Le sol urbain devient progressivement une marchandise que marchands et nobles se disputent et qui s'achète avec de l'argent... Aussi, les bourgeois une fois propriétaire du sol, revendiquent-ils leur liberté personnelle et le droit de propriété sur leurs biens, le droit de battre monnaie, de rendre la justice et de lever l'impôt. Ils prennent le contrôle politique de la ville. ». Ce phénomène capitaliste des temps anciens, où la bourgeoisie était une classe dominée par les féodaux, est la caractéristique des pratiques relatives à l'accès à la propriété foncière en cours, au Mali contemporain. Ainsi, l'accès à la propriété foncière revêt des enjeux multiformes et conflictuels, selon qu'il soit motivé par des intérêts individuels de droit d'accès au logement ou à une exploitation agricole

Aussi convient-il d'admettre à ce niveau, que le droit s'analyse comme un phénomène d'organisation de la société considérée comme une « coaction organisée » ; et que sa règle est incontestablement le produit de l'organisation, qui est l'incarnation du pouvoir. Par conséquent, pour revêtir un caractère juridique, la règle doit être édictée par une institution compétente en la matière, qui n'est autre que l'Etat. Cette compétence, lui est naturellement dévolue en tant que pouvoir politique suprême, autorité administrative publique de régulation, notamment en matière d'organisation judiciaire ou fiscale pour la défense de l'intérêt général. En principe, le droit foncier n'existe en tant que règle obligatoire qu'à partir de l'instant où l'Etat l'a érigé en règle de droit. Paradoxalement, on a constaté, qu'il pourrait exister d'autres centres de pouvoir parallèles à l'administration de l'Etat, comme les réseaux informels¹⁷, qui seraient eux aussi capables de produire leurs règles de droit. Aussi, la question serait-elle de savoir si en matière de gestion foncière, on doit tolérer un droit sans l'Etat¹⁸ ?

En guise de réponse à une telle interrogation, il convient de révéler que de nos jours au Mali, la détention d'un titre foncier¹⁹ qui était le

familiale, ou motivé par des considérations politiques d'aménagement, de décentralisation.

¹⁷ Jacques CHEVALLIER, « l'administration n'est pas une machine huilée, régie par des règles purement objectives et rationnelles, et dont les rouages travaillent mécaniquement pour remplir les tâches qui leur sont assignées : c'est un système complexe, composé d'individus et de groupes entre lesquels se nouent des rapports d'influence et de pouvoir qui ne sont pas exclusivement fonction de la place des uns et des autres dans l'organigramme officiel » (*Science administrative*, Thémis droit puf, 2007, p. 358-359).

¹⁸ « Du droit sans l'Etat, de la société contractuelle et de l'Etat de droit » (Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*. PUF recherches politiques, p. XI).

¹⁹ Récemment, des investigations officielles ont permis de révéler l'existence d'un nombre élevé de titres fonciers, fabriqués de toute pièce, ayant servi de preuves de titre de propriété, pour obtenir des prêts bancaires, ou exproprier d'honnêtes citoyens détenteurs de droit coutumier, ou d'autorisations administratives provisoires, au profit des sociétés de promotion immobilière. Ainsi, des propriétaires légitimes sont dépossédés de leurs biens comme s'ils

symbole authentique de la propriété immobilière, paraît inutile à cause de l'ampleur gravissime de la spéculation foncière qui plombe le droit de propriété et sape toutes les règles juridiques ou éthiques en matière d'accès à la propriété foncière. Or, au mépris de toute référence coutumière ou légale, on constate dans l'actualité juridique, que le concept de propriété foncière revêt une connotation purement péjorative, faisant croire que son acquisition n'est ni collective ni individuelle ; comme une chose quelconque, elle pourrait appartenir, à la fois à tout le monde et à personne.

L'importance de cette question, justifie dans la seconde partie, l'approfondissement de la réflexion, non seulement sur les aspects politiques et techniques, en vue de garantir la propriété foncière avec la perspective de conduire le changement²⁰ en matière de gouvernance foncière, et d'une régulation du système foncier avec des informations cadastrales précises et les sanctions adéquates.

Toujours déterminé à assurer et garantir l'accès à la propriété foncière, dans la perspective d'un développement durable, l'Etat doit surmonter les difficultés d'accès à la propriété foncière en focalisant

n'en étaient que possesseurs et non propriétaires. Compte tenu de la gravité d'une telle situation déplorable aux conséquences dramatiques, un ministre des Domaines de l'Etat et des Affaires foncières a récemment suspendu d'autorité la délivrance des titres fonciers pendant près de deux années consécutives, et réglementé par le décret n° 2015-0537 / P-RM du 6 août 2015, les bases des taux de redevances et des prix de cession d'immeubles, afin de mieux réglementer le droit à la propriété immobilière. Pour autant, la spéculation foncière n'a pas régressé, et la mesure a plutôt amenuisé le recouvrement des ressources tirées des ressources foncières et droit d'enregistrement.

²⁰ Michel BOUVIER : « ... nous sommes actuellement, en ce qui concerne l'Etat et ses institutions financières, entre deux mondes, dans une situation intermédiaire, dans une époque charnière où rien n'est encore stabilisé. C'est une époque passionnante que nous vivons, mais également une époque difficile, pleine d'incertitudes et il faut bien le dire de dangers de dérapages si les mutations ne sont pas correctement pilotées... » (*Réforme des finances publiques : la conduite du changement*, Actes de la III^e Université de printemps de Finances publiques du Groupement Européen de Recherches en Finances publiques (GERFIP), sous la direction de Michel BOUVIER. Editions 2007, LGDJ, EJA – Montchrestien, p. 2).

ses efforts et stratégie sur les théories de l'organisation et les sciences du management. Selon Jacques Chevallier : « le management se situe dans le droit fil de la préoccupation traditionnelle et originaire des sciences de l'organisation : science de la « bonne gestion », de la gestion « efficace », il s'assigne une finalité résolument utilitaire et clairement opérationnelle ; son ambition est de définir des règles, des normes- mieux, des préceptes – permettant aux organisations d'atteindre les objectifs qu'elles se sont fixés avec le maximum d'efficacité »²¹.

Ainsi comme le notait M. Michel Bouvier : « On aborde, certes, avec des hésitations, un nouveau continent administratif et politique nourri d'une conception systémique de l'organisation de l'ordre social, c'est-à-dire diversifiée et unifiée à la fois, qui laisse deviner ce que sera l'Etat du XXI^e siècle. »²² Au-delà de ce qui précède, le présent article cherche à démontrer que toute politique globale de réforme de l'Etat, doit s'appuyer sur l'implication de l'administration dans le processus de transformation sociale²³. Ce qui nous conduit concrètement à un examen substantiel du régime foncier pour y détecter les possibilités d'acquisition de la propriété foncière sous l'emprise des droits coutumiers traditionnels, d'une part, et de sonder les perspectives d'une exploitation de la propriété foncière pour un développement, d'autre part, à partir du plan suivant : l'introuvable droit de la domanialité publique et les difficultés d'accès à la propriété foncière (I) ; la conduite du changement dans la perspective d'une réforme de l'accès à la propriété foncière (II).

²¹ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*. Thémis droit puf. 2007, p. 31.

²² Abdoulaye FOFANA, *La Direction du Budget au Mali, instrument stratégique de prévision et d'exécution de la loi de finances*, Diffusion ANRT 2014, p. 33.

²³ Selon MESCHERIAKOFF, « La cause première de la création des services publics réside dans la demande sociale dont les personnes publiques sont, dans un Etat démocratique, les interprètes officiels » (p. 477).

I. L'introuvable droit de la domanialité publique et les difficultés d'accès à la propriété foncière

Il semblerait que l'une des difficultés d'accès à la propriété foncière en toute sûreté, est due au pluralisme juridique institué par le Code domanial et foncier. En effet, le Code domanial et foncier du Mali constate et confirme les droits fonciers coutumiers. Son article 44, alinéa 1^{er} dispose que « les droits coutumiers susvisés peuvent faire l'objet d'une enquête publique donnant lieu à la délivrance d'un titre opposable au tiers qui constate l'existence et l'étendue de ces droits. » Cette coexistence du droit coutumier et du droit positif en matière domaniale et foncière, pose d'énormes difficultés en matière d'accès à la propriété foncière en droit malien.

Ce qui complique également la bonne interprétation des règles prévues en cas de survenance d'un litige foncier, en zone rurale ou urbaine pour des questions transversales de droit de propriété foncière concernant l'agriculture, l'élevage, la pêche, la sylviculture, l'environnement, l'habitat, le logement etc. En principe, le droit est l'expression de l'ordre et son but principal est d'organiser et de normaliser les relations sociales. Mais, l'ordre voulu par le droit n'est jamais neutre : il incarne certaines valeurs qu'il exprime et défend pour des principes cités ci-dessus. Ces valeurs²⁴ varient selon le modèle de société au plan culturel, religieux ou idéologique.

Au regard de cette réalité, il devient nécessaire de recourir au droit comparé pour analyser la pertinence du maintien d'un système dualiste de droit d'accès à la propriété foncière (A), ainsi que la portée du droit positif en matière d'accès à la propriété foncière (B).

A. Les difficultés d'accès à la propriété foncière avec un système juridique dualiste

Les difficultés d'accès à la propriété foncière au Mali, remontent à l'époque coloniale, où le pouvoir s'exerçait suivant un système d'administration directe, en vue d'assimiler les populations locales.

²⁴ Pierre MEYER, *Introduction à l'étude du droit Burkinabè*. Editions André Boland 1988, p. 9.

Ainsi, naquit un système juridique dualiste, sous l'administration des sociétés colonisées, avec la coexistence de deux types de règles : les règles du droit colonial et les règles traditionnelles maliennes. Ce dualisme fut conservé en matière de législation domaniale et foncière, comme l'illustre les dispositions de l'article 43 du Code domaniale et foncier du Mali qui dispose que : « les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non immatriculées sont confirmés. Nul individu, nulle collectivité, ne peut être contraint de céder ses droits si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation. Nul ne peut en faire un usage prohibé par les lois et règlements ». Cette reconnaissance des pratiques coutumières foncières, comme une des voies d'accès à la propriété foncière en droit malien, engendre une certaine confusion qui doit être élucidée.

1. L'accès à la propriété foncière sous l'emprise des croyances traditionnelles

Les régimes fonciers traditionnels sont caractérisés par un ensemble de règles séculaires de solidarité, statiques, voire même monolithiques avec des stéréotypes comme (appropriation collective, droit du premier occupant, ou du conquérant, droit d'usage exclusif, interdits, etc.). Ainsi, le système traditionnel de droit foncier malien, s'entend aussi comme le droit d'une société africaine originale, fondamentalement métaphysique et solidaire. Sa principale caractéristique réside dans le fait que la rationalité qui préside à l'édiction et à la mise en œuvre du droit, n'est pas seulement d'ordre foncier.

C'est ainsi qu'on a pu entendre que ce droit était un système de relations « qui unit les membres d'un même groupe entre eux ou à des personnes du monde invisible »²⁵, comme l'illustre la philosophie idéaliste de Platon. Ce qui conforte ces propos de E. Lamy soutenant que « ... La coutume est sans cesse un rapport alterné entre les morts

²⁵ J. POIRIER, « L'avenir du droit coutumier négro-africain », in *L'avenir du droit coutumier en Afrique*, Leiden 1956, p. 157.

et les vivants. »²⁶ On constate ici que la cosmologie²⁷ traditionnelle, est basée sur une philosophie de la continuité, existentielle et réserve une large place à l'individualisation des forces présentes dans tout ce qui existe ; qu'il s'agisse des êtres vivants et des êtres inanimés.

Mieux, on aurait pu comprendre d'avantage, la forte religiosité qui caractérise le droit traditionnel d'accès à la propriété foncière en citant le professeur P. Meyer qui a écrit que : « Dans les systèmes traditionnels, la relation homme-terre a une connotation fort différente. Le lien qui unit « l'homme à la terre n'est pas seulement terrestre (spatial et temporel), il est (il est même surtout) mystique. L'aspect religieux forme donc un substrat indispensable si l'on veut comprendre le régime juridique de la terre dans les systèmes traditionnels. L'on retrouve là aussi le principe de la coutume vitale... La terre est aussi d'une certaine manière « divinité » (elle entoure les morts). Le lien qui unit l'homme à la terre et à ses ancêtres est dès lors mystique, religieux... La règle générale sera donc l'inaliénabilité de la terre avec toutefois des aménagements possibles. »²⁸

En considérant que le régime juridique offre à l'individu ses capacités d'action ou d'abstention, l'unique statut légitime de l'homme traditionnel ! : serait le groupe. Ainsi, lorsqu'un individu commet une infraction, il répondra de son acte devant la communauté ; et si la sanction est d'ordre divin, toute la communauté y répondra. De même, il est impensable de voir les membres d'une famille, aller en procès contre un autre membre de la même famille qui aurait détourné ou aliéné une propriété foncière quelconque à son seul profit. Alors que le droit moderne est d'essence libérale, fondé sur le postulat théorique de l'autonomie de la volonté individuelle, qui instaure un régime de responsabilité civile.

²⁶ E. LAMY, *Introduction à l'étude du droit écrit et du droit coutumier zaïrois*, Kinshasa, P.U.Z, 1975, p. 133.

²⁷ De cosmos : univers considéré comme un ensemble. Espace extra-atmosphérique. Dans la pensée grecque, le monde, l'univers conçu comme un tout ordonné et hiérarchisé.

²⁸ Pierre MEYER, *Introduction à l'étude du droit burkinabè*. Précis de l'Ecole supérieure du Droit de l'université de Ouagadougou. Editions André A. Boland, 1988, p. 71-72.

En se référant à l'analyse marxiste, où la société en tant que lieu de contradictions, de rapport de forces serait la clef de l'explication du droit moderne, on comprendra la désuétude des droits coutumiers face à la montée en puissance de ce droit.

2. La désuétude progressive des droits coutumiers d'accès à la propriété foncière

La désuétude progressive des droits coutumiers pour l'accès à la propriété foncière, est à la fois une logique de conflit entre différentes conceptions juridiques antagonistes, et une étape transitoire pour l'harmonisation de la législation domaniale et foncière en tenant compte des données environnementales. Au demeurant, suite aux changements climatiques²⁹ avec leur corollaire de sécheresse, la rareté de la terre, les conflits fonciers se sont accentués, en aggravant la convoitise des terres ; soit à cause des ressources naturelles qu'elle procure en milieu rural ; soit à cause de la valeur marchande en milieu urbain. Ce qui mettra en exergue l'importance de la propriété foncière en sûreté, dans toutes les formes de production agricole : d'abord les céréales, les produits horticoles, l'élevage, la pêche et ensuite la pisciculture avec les étangs artificiels, baux emphytéotiques... Toutes ces productions valorisent, la propriété foncière avec l'émergence des activités génératrices de biens spéculatifs ou de revenus monétaires à travers la transformation ou la commercialisation des produits dérivés. Ainsi, l'accès à la propriété foncière devenait objet de conflits violents.

L'ampleur desdits conflits est exacerbée par le fait que les droits coutumiers en s'accrochant à la survie des collectivités traditionnelles qui ne correspondent plus aux mêmes réalités juridiques et environnementales, s'opposent de facto au pouvoir de l'Etat central ; d'une part, et remettent en cause même la portée de toute législation,

²⁹ Nicaise MEDE : « - Le fonds vert sur le climat : Le Fonds a été établi en 2010 et lancé en 2011 par la Conférence des parties de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC). *Finances publiques espace UEMOA/UMOA*. Préface académique du professeur Michel BOUVIER. CREDILA. L'Harmattan Sénégal, 2016, p. 83.

d'autre part. Ce qui pose le problème de la sécurité foncière, ardemment recherchée par les opérateurs du marché non formel à référence coutumière, qui ne doit pas se traduire obligatoirement par la détention d'un titre officiel. Mais par un mode de reconnaissance d'un droit d'occupation, d'installation, de caractère intermédiaire, susceptible de se transformer plus tard en droit immatriculé ou titre foncier, suivant la volonté des intéressés.

Ainsi, la garantie de l'accès à la terre à travers les diverses formes de tenure sera basée sur les relations de coopération entre différents groupes sociaux, ou partenaires intéressés par l'exploitation foncière. En référence à ce cas précis, on réalise que l'utilisation de la théorie des maîtrises foncières³⁰ serait sans doute d'une grande opportunité à deux conditions : celle d'en définir les applications potentielles aux terrains urbains, d'une part, et ensuite de lui donner un habillage juridique plus rigoureux dépassant leurs aspects anthropologique, sociologique, ou culturel³¹ d'autre part.

³⁰ Voir Etienne LE ROY, qui a formalisé « La théorie des maîtrises foncières » dans un ouvrage collectif : *La sécurisation foncière en Afrique ; pour une gestion viable des ressources renouvelables*, Karthala, Paris, 1996, 388 p.

³¹ Tel est le cas spécifique au Mali, un vaste territoire d'un million deux cent mille kilomètre carré (1 204 000 000 Km²), peuplé de près de dix-huit millions (18 000 000) d'habitants, composés d'une multitude de groupes ethniques répartis entre plusieurs communautés empruntes d'un relent irrédentiste. De plus, la multiplicité des ethnies et des dialectes a entraîné des difficultés de communication, et rendu complexe l'émergence d'un vrai droit coutumier uniforme et respecté. A titre d'exemples, la communauté des « Dogonons » qui compte plus de deux cents dialectes distincts les uns des autres dans la région de Mopti, et environ, a été plusieurs fois meurtrie et endeillée par un conflit séculaire entre les Kansaye et Yalvouye pour une petite bande de terre agricole, située dans la commune rurale de Nin-gari. Plus loin au nord du Mali, leurs cousins sédentaires ou nomades Songhai, Tamasheqs, Maures, Peulhs, disposent d'espaces à revendre. Peut-on s'attendre aujourd'hui, dans de telles conditions, à l'application rigoureuse d'un droit coutumier applicable partout et pour tous en matière d'accès à la propriété foncière ?

Ce qui conforte la remarque suivante : « Aussi dans les métropoles³² africaines, plus influencées par la 'Civilisation occidentale', le particulier propriétaire terrien cherche à bien profiter de son terrain en s'octroyant le droit d'en user et d'en disposer de la manière la plus absolue. Dès lors, on pense, que la meilleure façon de s'enrichir est de devenir propriétaire terrien à proximité d'une ville en expansion³³ ». Ainsi, les cessions de terre sont devenues légions et s'opèrent différemment, selon les principes du droit coutumier, sous des formes de cessions traditionnelles contre une somme symbolique (noix de colas, poulets, etc.) et de cessions spéculatives (vente spéculative).

Parallèlement, ils existaient des formes de cessions administratives sous forme de gré à gré. Ces formes de cessions dites spéculatives s'effectuaient sur la base d'un droit coutumier à travers de simples transactions commerciales, suivant les lois de l'offre et de la demande. Elles sont délivrées par l'autorité administratives sous forme de : concession rurale, permis d'occuper, de construire ou d'habiter, lettre d'attribution, bail emphytéotique. Ils peuvent tous être révocables ou précaires et jouent un rôle de catalyseur dans les spéculations foncières.

Une chose est claire : partout les droits coutumiers ont pu être tolérés et continuent à cohabiter avec le droit positif, ils ont tendance à prendre une certaine ascendance sur ce dernier, soit pour un calcul économique existentiel, soit pour un motif politique avec l'éveil de la démocratie locale dans le cadre de la décentralisation. Généralement, on constate dans la plupart des sociétés conservatrices, que la démocratisation s'est assortie d'une forte banalisation du rôle et de la

³² Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE : « Les métropoles : avenir du développement local... En même temps que l'explosion du phénomène urbain... c'est également une culture inédite de la gouvernance publique et du développement économique qui se dessine et prend forme... Les métropoles qui font aujourd'hui en France l'objet d'une construction juridique constituent un phénomène qui n'est pas absolument nouveau... » (*Finances publiques*, 16^{ème} édition 2017-2018, p. 776, *op. cit.*

³³ Abdoulaye FOFANA, *Agence de Cessions immobilières (ACI)*, *op. cit.*, p. 14).

place de l'Etat dans la gestion publique. Au même moment elle est assimilable à un instrument conçu pour favoriser le développement, de l'impunité, dans une atmosphère mouvante d'anarchie, en particulier dans le domaine de la gestion foncière et domaniale. Du coup, cette renaissance des droits considérés comme coutumiers, ne reflète plus les mêmes valeurs traditionnelles, pour incarner une légitimité dans leur suivi. Ils deviennent plutôt des alibis, pour justifier les jeux des protagonistes. D'ailleurs, la désuétude de ces dits droits coutumiers ne pourrait que se confirmer à cause de leur précarité et révocabilité.

Leur évolution future demeure donc l'interrogation et l'inconnu principal, comme le note fort bien R. Rarojaona : « ..., le passage d'une législation coutumière à une législation moderne reste le fait d'une majorité de citadins et d'une minorité de la masse rurale..., la phase de transition juridique mérite une attention particulière. Les coutumes sont devenues inaptes à régir la société coutumière en voie de destruction. Mais cette société elle-même, dans une étape de son évolution, est encore en deçà de la législation moderne trop en avance sur l'état social. Cette période de flottement pourrait durer longtemps³⁴... » avant l'accès hypothétique à la propriété foncière en sûreté par le Code domanial et foncier.

B. L'accès hypothétique à la propriété foncière en sûreté par le Code domanial et foncier

Estimant, que l'adoption d'un Code domanial et foncier, complété par un dispositif réglementaire, aurait pu favoriser l'abandon des droits coutumiers, et être une panacée au problème d'accès à la propriété foncière en toute sûreté, les différents gouvernants ont focalisé leur effort sur la production législative. Par conséquent, on a donné l'impression que la loi³⁵ suffit à elle seule, pour changer le

³⁴ Alain ROCHEGUDE, *Décentralisation acteurs locaux et foncier*. Bureau du développement et de la coopération technique. 2000, p. 28.

³⁵ Gérard CONAC, « Une décision, juridiquement correcte et raisonnable au point de vue de la bonne gestion, sera jugée politiquement inopportune si, par un jeu de réactions en chaîne, elle remet en cause des équilibres ou est perçue comme une atteinte au prestige des dirigeants. Les textes officiels étant

comportement de tous les acteurs du foncier, tant au niveau rural, qu'au niveau urbain.

Ce qui est exprimé en parabole en ces termes ironiques : « Nous leur avons donné la meilleure loi foncière du monde. Quel dommage qu'ils ne s'en servent pas » ; ou « Faites la loi autant que faire se peut ; et réviser là en cas de besoin d'adaptation, pour résoudre vos problèmes immédiats ». Rien n'est moins vrai, que ces deux affirmations qui ignorent à la fois le rôle des autres acteurs et l'impact environnemental. Par exemple, le comportement foncier du paysan ou de l'éleveur, est déterminé par des relations socioculturelles complexes. Certes, les représentants de l'Etat central, ont tendance à imposer le respect du Code domaniale et foncier, mais le paysan ou citoyen continuera à se référer à ses normes foncières et domaniales, relevant de traditions culturelles séculaires et statiques, qui résistent longtemps au changement. Ce qui n'a pas échappé aux administrateurs.

C'est pour admettre ici, que l'organisation de la propriété foncière demeure un enjeu fondamental, dans les relations de pouvoir entre les autorités compétentes au niveau des collectivités (administratives publiques, locales, coutumières), et les citoyens en leur qualité d'exploitants (usagers) ou propriétaires. Elle se présente généralement sous la forme d'un cercle vicieux, mettant en interaction les intérêts de nombreux acteurs, souvent antagonistes partageant des conceptions divergentes sur la notion de propriété foncière. Elle se manifeste également sous la forme d'un conflit intercommunautaire, opposant des protagonistes de génération en génération, sur la question d'accès à la propriété foncière. Ce qui donne l'envie de s'interroger sur l'évasive présentation des structures et acteurs en matière d'accès à la propriété foncière.

souvent inadaptés aux réalités économiques et sociales aussi bien qu'aux aspirations profondes des populations... » (*Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*. Collection la vie du droit en Afrique. Economica 1979, p. XXVI).

1. *L'évasive présentation des structures et acteurs en charge du droit d'accès à la propriété foncière*

On sait que le domaine public est réputé être mal connu et incompris, comme Achille Mestre a su bien l'écrire qu' « il n'est peut-être pas de théorie plus décevante pour le juriste que celle du domaine public (puisque) c'est un fait que chacun des juristes, qui cherche à creuser d'une manière tant soit peu personnelle, la notion du Domaine public, est conduit à proposer une théorie nouvelle après avoir ruiné celle des autres³⁶ ». Ce qui justifie une certaine ambivalence dans l'accès à la propriété foncière en droit domanial malien. D'ailleurs la notion de domaine public, considérée comme une partie du patrimoine des personnes publiques, est soumise à un régime de droit public bien protecteur. En revanche, le Code domanial et foncier traite à la fois du domaine national, du domaine public immobilier de l'Etat, du domaine privé immobilier de l'Etat, du domaine immobilier des collectivités territoriales, du domaine mobilier de l'Etat et des collectivités territoriales, avant de traiter de la propriété foncière. Il dispose également, que le domaine national au Mali, inclut l'intégralité des terres, et englobe l'espace aérien, ainsi que le sol et le sous-sol du territoire national. De même, il révèle que le domaine national comprend à la fois les domaines public et privé, de l'Etat du Mali ; le domaine public immobilier des collectivités territoriales ; ainsi que le patrimoine foncier des autres personnes, physiques ou morales.

L'énumération à rédaction variable de ces différentes catégories domaniales dans le Code, ne peut être qu'hypothétique, suivant les domaines d'exploitation. Ainsi, on constate qu'au Sénégal, le domaine national inclut tous les statuts fonciers qui ne se rattachent ni au domaine public, ni au domaine privé de l'Etat ou des collectivités, ni des terrains immatriculés au nom des personnes privées, physiques et morales. Au Mali, le domaine national inclut l'intégralité des terres,

³⁶ M. MESTRE, Introduction à l'étude de Lucien JANSEE, « Les traits principaux du régime des biens de domaine public », Sire, 1942. Cité par Albert LEY, *Le régime domanial et foncier et le développement économique de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Paris, 1972, p. 45.

quel qu'en soit le statut. Ainsi, ce domaine national comprend à la fois le domaine public, le domaine privé, la propriété immatriculée, et l'ensemble des terrains dont le statut juridique n'est pas fixé par écrit.

L'Etat, acteur privilégié parmi tant d'autres, doit-il exploiter cette ambiguïté des dispositions du Code domanial et foncier, pour réaliser des objectifs économiques d'intérêt général ? Vu la pratique domaniale et foncière, la réponse à cette question relèverait plutôt des solutions pragmatiques, acceptables pour les différentes parties concernées pour l'acquisition du droit de propriété. En témoigne, l'exemple de la protection du domaine public immobilier de l'Etat, les concessions rurales, concessions d'exploitation minières, l'aménagement des zones industrielles ou la commercialisation des immeubles immatriculés ou non. Ce qui tend à remettre en cause la question de la validité de l'application du régime spécial de la domanialité publique (inaliénabilité, imprescriptibilité et insaisissabilité).

Ainsi, la plupart des acteurs concernés, considèrent que l'accès à la propriété foncière, par le truchement de la législation domaniale et foncière, devient un alibi permettant de tirer le meilleur profit économique et financier du domaine public. Comme l'atteste l'article 18 du Code qui dispose que le domaine public immobilier de l'Etat est géré par le ministre chargé des domaines qui peut toutefois déléguer ses pouvoirs de gestion aux autres ministres pour les dépendances du domaine public relevant de leur attribution. Ces autres ministres vaguement désignés, peuvent être responsables de départements compétents pour la mise en œuvre de politiques publiques en matière d'urbanisme, de logements, d'habitat, d'agriculture, d'élevage, de pêche, de mines, d'artisanat, d'industrie, de chasse, d'environnement, etc. Ce qui complique la question d'accès à la propriété foncière avec l'inflation des réglementations relatives à la gestion domaniale et foncière, que chaque responsable peut décider au niveau de son secteur d'intervention. Et cela, sans se soucier de l'impact de la mesure sur les autres secteurs.

De même, le Code ne traite pas avec précision des problèmes du foncier rural et du foncier urbain, qui représentent l'épine dorsale des conflits fonciers, en dehors des rivalités séculaires entre pasteurs et

agriculteurs. Aussi, pourrait-on constater simplement que les collectivités, personnes morales de droit public, dépendent exclusivement du bon vouloir de l'Etat central pour la constitution de leur domaine.

En d'autres termes, ce formalisme d'une conditionnalité de mise en valeur du terrain, équivaldrait à une remise en cause tacite de ce droit de propriété. Cela expliquerait, par ailleurs, la lourdeur bureaucratique³⁷, qui caractérise le fonctionnement du régime foncier avec de nombreuses procédures à suivre, pour l'accès à la propriété foncière. Certes, le Code malien prévoit une possibilité d'immatriculation au nom des collectivités pour régulariser des droits coutumiers ; mais les procédures domaniales réglementaires prévues en la matière sont longues, contraignantes et même décourageantes. Pour autant l'ambiguïté des régimes juridiques, ou la lourdeur des procédures, ne doivent point servir d'argument pour annihiler toute volonté de sécuriser et de réglementer des droits acquis en matière de propriété foncière.

³⁷ Voir Code domanial et foncier du Mali en ses articles, sélectionnés entre autres : article 140. - Il doit être établi une demande spéciale pour chaque corps de propriété composé d'une ou de plusieurs parcelles, pourvu que lesdites parcelles soient contiguës... ; article 141. - Préalablement à toute demande d'immatriculation, l'immeuble doit être déterminé quant à ses limites au moyen de bornes en pierre, en maçonnerie ou en béton plantées à chacun des sommets du polygone formé par le terrain... ; article 142.- Toute réquisition d'immatriculation remise au Conservateur de la propriété foncière, contre récépissé, doit contenir : 1 les noms, prénoms et qualité du représentant de l'Etat ; ..., à l'échelle de : ... ou 1/10 000 pour les terrains lotis et les terrains ruraux ; - 1/5 000 ou 1/10 000 pour les concessions minières. Article 144 alinéa 2.- un placard reproduisant cette insertion est adressé par le conservateur au greffier du tribunal de première instance ou à la justice de paix à compétence étendue, dans le ressort duquel se trouve l'immeuble, pour être affiché en l'auditoire... L'affichage est maintenue 30 jours..., ainsi que d'autres fixant d'autres procédures requises en la matière.

2. *Les tentatives empiriques de sécurisation de l'accès à la propriété foncière*

Nonobstant l'existence d'un Code domanial et foncier, la question de la sécurisation de la propriété foncière au Mali, est plus résolue par des règles empiriques incertaines et complexes, que législatives. Pour les indigènes du terroir constituant le peuple autochtone, la terre est avant tout un lieu (territoire ancestral, ou patrimoine communautaire) et un lien, facteur de cohésion et de consolidation des rapports sociaux. Or, pour le pouvoir central, et ses services déconcentrés, la terre est considérée en toute légitimité comme un bien économique à valoriser. Alors, on comprend l'établissement d'un monopole de la puissance publique en matière de propriété foncière ; comme si l'Etat incarne de fait un statut d'héritier moderne des ancêtres fondateurs, ou l'acteur idéal désigné pour relever le défi de la modernisation. Dans la logique du système traditionnel, le territoire est considéré comme un symbole de lien consanguin, culturel et historique suivant une lignée généalogique. Ainsi, la question de la sécurité foncière, est à la fois une donnée naturelle et une exigence, qui obligent les acteurs à la protection de leur terre natale³⁸. Ce qui amène à croire que les règles de gestion de sécurité foncière, sont d'ordre sociologique avant d'être reconnues comme d'ordre juridique.

En revanche, dans la conception moderne qui privilégie l'approche juridique plus libérale et rigide, la terre est une richesse, un bien économique destiné à être mis en valeur pour produire plus, en vue d'atteindre un objectif de développement. Ainsi, son article 170 dispose que « toute action tendant à la revendication d'un droit réel non révélé en cours de procédure et ayant pour effet de mettre en cause le droit de propriété même d'un immeuble immatriculé est irrecevable ».

On voit là, dans une telle situation contradictoire, que l'interaction entre ces deux systèmes fonciers, ne pourrait qu'engendrer un éternel conflit virtuel entre différentes conceptions sociologique et juridique

³⁸ Ce qui a donné naissance à la catégorie juridique de *Jus sole* qui est un des déterminants du critère de la nationalité ou de l'apatridie selon le contexte visé.

du territoire. Il conviendrait en définitive d'établir un consensus entre logique sociale du territoire et les modes d'acquisitions traditionnels de la propriété foncière qui sont inclusifs, relationnels, implicites, imprécis et négociables, d'une part, et la logique économique qui caractérise le droit moderne qui instaure une sécurité foncière inconditionnelle, non relationnelle et consensuelle.

D'ailleurs, le service de la conservation foncière, gestionnaire du régime de la propriété immobilière, assure aux titulaires la garantie des droits réels soumis à publicité qu'il possède sur les immeubles relevant de régime de l'immatriculation, dans les conditions déterminées par le Code domanial et foncier. Cette garantie aurait dû pérenniser la sécurité foncière, qui est consolidée par la publication dans les livres fonciers, à un compte particulier ouvert pour chaque immeuble, de tous les droits réels s'y rapportant, ainsi que des mutations³⁹ de ces mêmes droits. En vue de faciliter la publicité foncière⁴⁰, les immeubles doivent avoir été préalablement immatriculés sur les livres fonciers à la suite d'une procédure spécialement longue permettant la révélation de tous les droits réels

³⁹ Michel BOUVIER, « Les droits de mutation à titre onéreux sont recouverts par le receveur des impôts (DGI) au moment de la présentation d'un acte de vente à la formalité de l'enregistrement. Certains ont le caractère d'impôts locaux..., les cessions de fonds de commerce, d'offices ministériels, de droit au bail. » Introduction au *Droit fiscal général et théorie de l'impôt*. Collection Systèmes, Fiscalité. 8^{ème} édition, LGDJ, EJA 2007, p. 85.

⁴⁰ Voir proposition de loi n° 2017-15/5L, de l'honorable Moussa COULIBALY, rendant obligatoire la publication des droits acquis sur les biens et les droits réels immobiliers. On retient entre autres, que : « la publicité foncière, est la procédure par laquelle, l'Etat et ses démembrements sont informés de la constitution d'un droit, qu'il s'agisse d'une inscription ou d'une radiation, C'est pourquoi des discordances sont constatées entre de nombreux titres fonciers et la réalité en ce qui concerne leurs situations juridiques. A titre d'exemple plusieurs titres demeurent à ce jour dans des livres fonciers au nom de L'Etat français par suite d'immatriculation au lieu de l'Etat du Mali par substitution ; Personnes décédées depuis plusieurs dizaines d'années au lieu de leurs héritiers par succession ; Sociétés n'existant plus au lieu de celles qui les ont acquises..., d'autres formes d'insécurité telles que des ventes de titres fonciers sans considération des charges qui les grèvent. »

déjà constitués, conformément aux dispositions du Code domanial et foncier⁴¹. La complexité de cette procédure se traduit dans la plupart des cas, par des dysfonctionnements, et conflits d'intérêts entre agents de la conservation foncière et opérateurs fonciers. Cette opposition entre les deux droits, complique la tâche des magistrats⁴² lors des procès.

Selon certains témoignages, « ... Cette procédure d'immatriculation a ouvert les terres africaines à l'appropriation privée. Elle a donné lieu à des vastes opérations d'expropriations déguisées ou directes et permis aux colons d'acquérir de vastes plantations de caféiers et de cacaoyers dans les zones côtières d'Afrique⁴³». Elle se poursuit de plus belle au Mali, et permet à certaines couches sociales privilégiées, d'amasser des titres de propriété foncière dans les centres urbains.

En guise de conclusion pour cette partie, il devient impérieux d'opérer un changement rigoureux dans l'acquisition de la propriété,

⁴¹ CDF- Article 88- Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : Les droits réels immobiliers suivants : La propriété des biens immeubles ; l'usufruit des mêmes biens ; les droits d'usage et d'habitation ; les droits d'usage et d'habitation ; l'emphytéose ; le droit de superficie ; les servitudes et services fonciers ; l'antichrèse ; les privilèges et hypothèques ; Les actions qui tendent à revendiquer ces mêmes droits réels.

⁴² Selon Monsieur Oumar SENOU, magistrat à la section administrative de la Cour suprême du Mali : « Le droit moderne est un droit individuel pouvant comporter les trois attributs du droit de propriété, à savoir l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus* ; contrairement au droit coutumier qui est un droit communautaire, transmissible, inaliénable, sacré ; oral, discriminatoire et territorialisé ; des difficultés de conciliation desdits droits par le juge, liées aux aspects suivants : - l'absence d'une définition de la coutume ; - la diversité des coutumes ; - les non maîtrises des coutumes par les juges et assesseurs ; - les interprétations multiples de la règle coutumière ; - les problèmes relatifs aux modes de preuves en matière coutumière, notamment le témoignage, le serment décisoire, l'aveu, les conventions coutumières. » Voir *Rapport des travaux de la 1^{ère} journée de l'Atelier des concertations professionnelles entre les acteurs de la gestion domaniale et foncière* (Sélingué, du 22 au 24 janvier 2009).

⁴³ Salif YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif Burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, 3^e édition, février 2015, p. 277.

en vue de réussir une bonne gouvernance foncière pour un développement durable.

II. La conduite du changement⁴⁴ dans la perspective d'une réforme de l'accès à la propriété foncière

Dans un contexte socio politique et économique complexe, marqué par des progrès scientifiques et technologiques, les décideurs de politiques domaniales et foncières, gestionnaires de la propriété foncière ont l'obligation de prendre en charge l'ajustement des comportements et des stratégies des acteurs sociaux. L'administration foncière, qui n'est qu'un instrument d'action au service d'un pouvoir politique, doté d'un statut subordonné au sein de l'Etat, doit assurer un pilotage vers le changement, pour l'harmonisation des comportements et la résolution des conflits.

A. L'option d'une réforme institutionnelle et politique pour (agricole et urbaine) pour un développement durable

On l'a vue ! La complexité de l'accès à la propriété foncière dépasse le cadre des seuls acteurs en charge de la gestion du problème, et nécessite une forte implication de l'Etat auprès des différents acteurs. Cette implication doit permettre une réforme institutionnelle et politique pour une bonne gouvernance⁴⁵. Mais l'Etat ne signifie pas seulement les bureaux, les dispositifs législatifs, les agents ; c'est surtout la satisfaction des besoins des usagers, incarnation de l'intérêt général, reflet de la représentation des citoyens (souveraineté du peuple).

⁴⁴ Michel BOUVIER, *Réforme des finances publiques : La conduite du changement*. Actes de la III^e Université de printemps de Finances publiques du Groupement Européen de Recherches en Finances publiques (GERFIP), sous la direction de Michel BOUVIER, LGDJ, EJA, Editions 2007.

⁴⁵ Michel BOUVIER, *Réforme des finances publiques : démocratie et bonne gouvernance*. Actes de la 1^{ère} Université de printemps de Finances publiques du Groupement Européen de Recherches en Finances publiques (GERFIP), sous la direction de Michel BOUVIER, LGDJ, EJA, Editions 2004.

Sans tomber sous le charme du service public⁴⁶, qui fait de l'intérêt général un critère finaliste du droit public en la matière, il serait approprié d'approfondir la question d'accès à la propriété foncière sous l'angle de l'étude des politiques publiques. Cette approche vise l'action des autorités publiques au sein d'une société. C'est-à-dire savoir : ce que produisent ceux qui nous gouvernent pour quels résultats ; à travers quels moyens ? Répondre à cette question, c'est admettre la réforme des institutions et politiques de gouvernance foncière.

1. La réforme des pratiques institutionnelles pour une gouvernance foncière appropriée

Un facteur important en matière d'administration pour l'acquisition de la propriété foncière, consiste à favoriser la bonne gouvernance du foncier, des ressources naturelles et des processus de changement ou de mutation des droits de propriété. Il faut comprendre par gouvernance foncière, l'ensemble des processus par lesquels les décisions relatives à l'accès à la terre et à son utilisation sont prises, les décisions mises en œuvre, et les intérêts conflictuels sont tranchés ou réconciliés. La gouvernance foncière s'entend donc comme un exercice technico-juridique, procédural et politique.

Elle permet de prendre en compte l'ensemble des actes administratifs : attribution-affectation-cession et de la jouissance des droits y afférents, à la même enseigne que les autres droits civiques, politiques, humains, de la citoyenneté... Tous ces droits sont interdépendants, et entièrement subordonnés à la volonté du gouvernement à mettre en œuvre une politique adaptée, favorisant une maîtrise performante de la gestion du régime de la propriété foncière.

⁴⁶ Pour Jacqueline MORAND-DEVILLER, « Le service public est sans doute la notion la plus complexe, évolutive, controversée et essentielle du droit administratif ? C'est un mythe, une force agissante, une sorte de fiction harcelée par la réalité dont l'évolution pourrait être ainsi présentée... » *Cours de droit administratif* Montchrestien. EJA, 7^{ème} édition 2001 p. 454.

Dans la perspective d'une bonne gouvernance, il serait approprié de mettre en coopération leurs administrations, et de traiter les droits concernés dans un cadre harmonisé. Ce qui est effectué à travers la coopération administrative et la décentralisation. La coopération administrative est une forme de réforme administrative qui ne cesse de monter en puissance. C'est l'exemple de la coopération interministérielle qui permet à plusieurs départements ministériels ou leurs différentes administrations de se concerter pour prendre des décisions en harmonie. Une telle coopération permettra aux différents départements ou administrations : des domaines et affaires foncières, urbanisme et construction, mine et énergie, logements et habitats, etc., de se concerter pour décider de conduire le changement dans les politiques d'accès à la propriété foncière.

La gouvernance foncière doit bénéficier également d'un renforcement des pouvoirs fonciers reconnus aux acteurs locaux, dans le cadre de la gestion des affaires locales par les administrés et leurs représentants. On sait qu'en matière de décentralisation, les collectivités apparaissent théoriquement, comme dotées d'un patrimoine domanial et foncier limité aux seuls biens qu'ils se sont appropriés suite à la procédure d'immatriculation leur conférant un titre foncier sur leur propre domaine privé. Il aurait donc été souhaitable qu'elles bénéficient, singulièrement de la présomption de domanialité. Celle-ci permet particulièrement à l'Etat, de disposer des terrains vacants et sans maître, ou souvent sur des terrains non appropriés selon les règles du droit écrit. Un tel aspect mérite d'être pris en compte pour corriger les lacunes de l'acquisition de la propriété foncière au Mali, où les élus locaux sont toujours en procès contre les agents fonctionnaires de l'Etat central ou les autres citoyens ; et vice versa.

Dans tous les cas, un réel partage du pouvoir domanial et foncier entre le pouvoir central et la collectivité décentralisée⁴⁷, semble logique dans le cadre d'une bonne gouvernance locale, ou même la

⁴⁷ Ce qui confortera le pouvoir d'un maire, pour répondre légitimement à la demande de terrain exprimée par un de ses administrés, ou d'avoir la capacité de prendre une décision en sa qualité de chef de l'exécutif local.

mise en œuvre des politiques publiques foncières. La politique foncière agricole est la vitrine d'un choix de société conçu par les gouvernants, et le plus souvent décidé en fonction des aspirations légitimes des citoyens. Elle poursuit également des objectifs visant la protection de l'environnement et de l'écosystème, ainsi que l'amélioration des conditions et droit d'accès à la terre. A cet effet, l'Etat doit mettre en œuvre une politique foncière cohérente soutenue par une loi spécifique portant sur le foncier agricole.

Ainsi, en vue de garantir un meilleur accès à la propriété foncière agricole, le forum national sur le foncier de 2009, a recommandé l'adoption législative d'une politique agricole, comme mesure d'accompagnement de la loi d'orientation agricole (LOA). La nécessité d'une définition de la politique d'accès à la terre agricole, est à la fois une obligation pour tout gouvernement⁴⁸, et un droit fondamental de l'homme, généralement souligné dans les textes internationaux, comme les objectifs du développement pour le millénaire (ODM), dont les deux premiers objectifs tendent successivement à : « réduire l'extrême pauvreté et la faim » ; « promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes »⁴⁹.

Il convient de noter que les cultures et traditions foncières maliennes sont dominées par le système patriarcal, qui a eu tendance à maintenir une certaine discrimination à l'endroit de la femme⁵⁰ en

⁴⁸ La loi française n° 2005-157 du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux énonce en son article 1^{er} que « L'Etat est garant de la solidarité nationale en faveur des territoires ruraux et de montagne ».

⁴⁹ Voir Alima Chene SANOGO, *Enjeux fonciers et développement « durable » au Mali*. Université de Bourgogne. UFR Droit science politique 2012, sous la direction du professeur Jean Claude FRITZ. Il faut souligner en outre que, généralement, les femmes africaines accomplissent les durs labeurs dans l'exploitation des champs. Mais, elles en deviennent rarement propriétaires ; elles ne peuvent avoir cette qualité qu'à travers leurs conjoints ou leurs enfants.

⁵⁰ « Ainsi, les femmes et les hommes peuvent appartenir tous deux au cercle des ayants droit des terres familiales, alors que les femmes se voient accorder des parcelles plus petites à cultiver que les hommes... Une femme peut-elle participer au conseil de famille qui décide de changer le motif de vente éventuelle d'une parcelle familiale ? Une femme peut-elle siéger dans le

matière de propriété foncière. Or, les femmes en milieu rural travaillent autant que les hommes, sinon plus. Récemment, pour corriger cette iniquité, la charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples et la déclaration solennelle de 2004 sur l'égalité de genre en Afrique ont envisagé des actions visant à traiter des inégalités envers le « genre » y compris l'accès inégal des femmes à la terre.

En outre, toute analyse de politique agricole doit prendre en compte la dimension de la protection environnementale⁵¹ qui peut résulter de l'interaction entre les objectifs suivis par les responsables d'un secteur sur un autre. L'ultime but de cette protection est de garantir un environnement sain et le développement durable par la prise en compte de la dimension environnementale dans toute décision qui touche la conception, la planification et la mise en œuvre de politiques, programmes et activités de développement par la responsabilisation de tous les acteurs. Dans cette optique, et suite aux nombreux textes légiférés en vue de l'encadrement des professions agricoles comme le Code domanial et foncier, la charte pastorale et la loi sur la pêche et la pisciculture le gouvernement du Mali vient d'adopter la loi n° 2017-001 du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole, en vue d'un accès garanti à la propriété foncière.

Cette nouvelle loi a précisé le régime foncier agricole relatif aux terres agricoles de l'Etat; terres agricoles des collectivités territoriales; terres agricoles des particuliers. La nouvelle loi traite également de la sécurisation des droits fonciers agricoles et des organes de gestion du foncier agricole, avec précision. Les droits réels sont reconnus sur les terres agricoles, dans les formes et conditions définies par la loi en vigueur. Des organes de gestion du foncier

comité d'un groupe d'usagers d'eau qui modifie le mécanisme d'attribution de l'eau ? Voir : *Les Droits des femmes sur les ressources naturelles, en particulier la terre et l'eau*. Vol. 2. *Femmes et développement* : Document de travail. La Haye. NEDA 1997, chapitre 2 p. 5.

⁵¹ Dans le cadre de la définition ou de l'orientation d'une politique foncière, il est souvent fait référence à la Constitution malienne du 22 février 1992 qui dispose en son préambule que « Le peuple souverain du Mali s'engage à assurer l'amélioration de la qualité de la vie, la protection de l'environnement et du patrimoine culturel ».

agricole sont entre autres, les commissions foncières des villages et des fractions ; l'observatoire national du foncier agricole. La nouvelle loi a soumis les infractions de faux, usage de faux ou de déclarations mensongères en matière de foncier agricole, au Code pénal et au Code de procédure pénale en vigueur. Ce qui illustre bien la volonté de pilotage de réforme législative de la propriété foncière vers le changement ; tout comme prévu en matière de politique nationale de la ville et les règles générales d'urbanisme.

2. La politique ⁵² nationale de la ville et la loi relative aux règles générales d'urbanisme pour une saine acquisition de la propriété foncière

En vue de concilier le droit d'accès à la propriété foncière agricole, et le droit d'accès de la majorité des citoyens à la propriété foncière urbaine, une politique de la ville fut élaborée. Il s'agit surtout de : la politique sectorielle du développement urbain (PSDU) qui a été décliné en stratégie de développement des villes du Mali (SDVM) et la stratégie nationale de logement (SNL). En termes de politique de la ville, il faut entendre par « urbanisation » le processus de déplacement des populations vers des zones où le peuplement atteint de fortes densités, ce mouvement s'accompagnant des changements dans les activités productrices (abandon des tâches agricoles par ces populations) dans la structure sociale, dans les genres de vie, etc., en un mot dans la civilisation.

Les auteurs de cette politique estiment, qu'« Elle est conduite par l'Etat et les collectivités territoriales dans l'objectif commun de rendre les villes maliennes conviviales et harmonieuses, ... renforcement de la citoyenneté locale et l'affermissement des principes démocratiques

⁵² La politique nationale de la ville (PONAV), qui tend à maîtriser le phénomène d'urbanisation, trouve son fondement, dans plusieurs engagements internationaux auxquels le gouvernement du Mali a adhéré, comme : les initiatives spéciales pour l'Afrique de 1996 ; la déclaration d'Istanbul de 1996 ; les objectifs du millénaire pour le développement (OMD) ; ainsi que d'autres documents nationaux de référence comme la Constitution, le cadre stratégique pour la relance économique et le développement durable (CREDD), la politique nationale d'aménagement du territoire (PNAT), la politique nationale de la population (PNP), etc.

et d'améliorer la gestion des villes »⁵³. Il ressort des statistiques nationales, que la croissance soutenue sur la période 2007 et 2010 a permis de constater une légère réduction de la pauvreté qui a globalement baissé en milieu urbain de 18 % à 10 % pour Bamako et de 35 % à 31 % pour les autres villes. Cette situation a impacté sur l'étalement des villes et la croissance économique a permis la création d'emplois en faveur de près de 6 % de la population totale qui ont pu accéder à un emploi stable dans le secteur informel⁵⁴. Comme conséquence immédiate, il a été constaté l'ascension d'une couche moyenne qui a littéralement investi le foncier périurbain consécutivement au changement de vocation des concessions rurales en lots à usage d'habitation.

L'impact de la politique de réforme foncière, au plan des aspects institutionnels et financiers, fut illustré par l'exploit du deuxième projet urbain du Mali, avec la création de l'Agence de cessions immobilières (ACI), qui a réalisé des résultats spectaculaires en matière de développement urbain. Ces résultats sont dus aux réformes audacieuses entreprises dans la gestion de cette structure administrative atypique, avec la création d'un budget annexe pour les opérations financières de cette Agence de cessions immobilières (ACI)⁵⁵, chargée spécifiquement de la commercialisation des parcelles neuves des opérations de lotissement, qui a illustré la qualité du changement apporté par la nouvelle politique urbaine.

D'où l'obligation pour les différentes autorités de politiques publiques ou autres acteurs, d'adhérer aux initiatives de pilotage vers

⁵³ Voir : *Politique nationale de la ville*, adoptée par le gouvernement le mercredi 26 février 2014. République du Mali, Ministère de l'Urbanisme et de la Politique de la ville, p. 21.

⁵⁴ Voir résultats de l'enquête permanente auprès des ménages (EPAM-2010).

⁵⁵ Abdoulaye FOFANA : « L'Agence de cessions immobilières (ACI) a reçu le mandat de vendre pour le compte du District de Bamako 2847 parcelles résultantes du Titre Foncier numéro 5846 de Baco Djioroni et 3000 parcelles résultantes d'un morcellement partiel du Titre Foncier de Kalaban Coura Sud portant le numéro 5026 ... ». Mémoire de maîtrise Administration publique : *Agence de cessions immobilières (ACI)*, soutenue le 12 juin 1995 Ecole nationale d'administration (ENA), p. 35.

le changement des législations foncières pour l'acquisition d'une propriété agricole ou urbaine, propice au développement durable. Ce qui fut réalisé avec l'adoption de la loi n° 02-016 du 3 juin 2002 fixant les règles générales de l'urbanisme complétée le décret n° 05-115 /P-RM du 9 mars 2005, fixant les modalités de réalisation des différents types d'opérations d'urbanisme dont les modalités de réalisation d'exécution est réservée à la compétence respective des ministres de l'Habitat et de l'Urbanisme, de l'Administration territoriale et des Collectivités locales, de l'Équipement et des Transports, de l'Environnement et de l'Assainissement, des Domaines de l'État et des affaires foncières, du Plan et de l'Aménagement du territoire (en qualité de signataire du décret), et la ministre de l'Économie et des Finances.

Ainsi, l'extension des villes ne se fera plus à travers des lotissements anarchiques et le plus souvent sur des espaces agricoles. Les lotissements seront effectués dans le respect de la réglementation et des documents de planification urbaine⁵⁶, par des élus locaux, les administrateurs civils, les détenteurs de titre foncier ou de droit coutumier et même certains propriétaires de champ à usage d'agriculture. Cependant, il ne s'agit pas là d'une solution définitive, car de nouveaux phénomènes d'exploitation de la propriété foncière, tant zone urbaine que rurale, tend à bouleverser les pratiques foncières et domaniales.

C'est le cas de l'agriculture urbaine qui émerge en Europe, ou des concessions urbaines au Mali qui se transforment en véritables concessions rurales dans lesquelles on pratique l'élevage (des bovins, de la volaille) comme en campagne ; où les concessions rurales se

⁵⁶ Cette réalité est illustrée par cette citation des professeurs Michel BOUVIER et autres : « Selon un rapport de l'ONU, 'en 1950 plus des deux tiers (70 %) de la population mondiale vivait en milieu rural et moins d'un tiers (30 %) en milieu urbain. En 2014, 54 % de la population mondiale est urbaine'. Et il est estimé par les auteurs du rapport qu'en 2050 cette proportion sera de l'ordre de 66 %. En même temps que l'explosion du phénomène urbain, c'est une logique nouvelle qui se met progressivement en place dans le monde, c'est également une culture inédite de la gouvernance publique et du développement économique qui se dessine et prend forme. »⁵⁶

transforment en véritable zones industrielles abritant des usines. Le phénomène devient accablant quand on constate qu'un seul individu peut disposer de titres fonciers sur des d'hectares au dépend de la collectivité ; ou qu'un seul dispose de plus de 200 immeubles en dur, qu'il met en bail. Toutes ces pratiques sont des stratégies conçues intelligemment pour échapper à tout contrôle administratif ou fiscal ; ou simplement conforter la concurrence déloyale. Leurs auteurs sont pour la plupart des fonctionnaires de l'Etat. Ce qui justifie le recours à une bonne gouvernance foncière en vue de réguler légalement de telles pratiques.

B. L'amélioration du système d'information foncière pour un développement durable

Aujourd'hui, qu'on l'accepte ou pas, le droit domanial et foncier, constitue de fait et de droit, le cadre de base de l'appropriation et de l'utilisation des immeubles en milieu rural ou urbain. Paradoxalement, le manque d'informations et de documentations requises semblent hypothéquer tout effort de développement en matière de gestion domaniale et foncière. Aussi, la perspective d'une exploitation rationnelle de la propriété foncière doit elle se réaliser à partir d'un système d'information foncière à travers le cadastre et l'instauration d'une agence de régulation.

1. L'innovation du système d'information par le cadastre pour une meilleure acquisition de la propriété foncière

Il est fréquent d'entendre dire « Sans cadastre, c'est-à-dire sans propriété clairement définie comment bâtir le progrès ? » ... : Sans cadastre, il n'y a pas de progrès, sans propriété définie et juridiquement établie, il n'y a pas de progrès, mais l'avocat de la propriété est souvent l'importateur de barbelés ». ⁵⁷ Le cadastre⁵⁸ se

⁵⁷ Ch. VIGOUROUX, *Le juge face à l'expression des libertés communales*, Outils fonciers, modes d'emplois, Paris, ADEF, 1990, p. 8.

⁵⁸ En outre, il véhicule deux types d'information à savoir : l'information littérale qui est contenue, d'une part, dans des fichiers où figurent les numéros des parcelles, les informations permettant de les localiser, leur superficie et

révèle comme un moyen sûr d'intégrer la terre dans les stratégies de développement. Il désigne un ensemble de documents officiels (dont la gestion est assurée et garantie par la puissance publique) destinés à donner une information sûre : la localisation des propriétés bâties ou non bâties ; les limites de ces propriétés ; leur statut juridique ; l'identité de leurs propriétaires ; l'état de leur mise en valeur ; leur valeur locative ou vénale. En outre, il convient de préciser qu'il existe différents types de cadastre (légal, fiscal, technico-urbanistique).

Le cadastre légal a pour objectif l'identification du propriétaire d'un terrain. Le cadastre fiscal est un système d'information foncière qui assure la gestion de l'ensemble des informations (littérales et cartographiques) permettant d'évaluer les biens fonciers de déterminer aussi les bases des taxes foncières ou afférentes au foncier (taxes sur les propriétés bâties et non bâties, taxes d'habitation, taxes sur les mutations, taxes professionnelles...). Enfin, le cadastre polyvalent (dit à but multiples) poursuit plusieurs objectifs fiscaux, légaux et technico-urbanistique. Il est à la fois un instrument de gestion du foncier et des équipements mais aussi un outil d'aide à la décision en matière de fiscalité de l'urbanisme⁵⁹ et d'aménagement.

La conservation cadastrale permet la mise à jour de la documentation⁶⁰ du cadastre : ventes, partages, etc. mais aussi les changements ayant une incidence fiscale. Tout cela portant

leur usage : ce sont les fichiers parcelles ; elle est contenue d'autre part, dans des fichiers où figurent les noms et les adresses de l'ensemble des propriétaires dans la zone ou le secteur géographique considéré. Ce sont des fichiers propriétaires. Et l'information cartographique qui est constituée par des plans cadastraux appelés mappes cadastrales. Il s'agit de cartes et plans à grandes échelles (du 1/500^e ou 1/ 5 000^e selon les cas) que l'on appelle les feuilles parcellaires. La mise en relation des informations littérale et cartographique implique l'utilisation d'un numéro d'identification désigné sous le nom d'identifiant unique.

⁵⁹ Elisabeth CIAUDO, *La fiscalité de l'urbanisme et l'aménagement régional du territoire français. Thèse.* LGDJ 1981.

⁶⁰ La documentation cadastrale comprend pour chaque commune du territoire national : le plan cadastral ; la matrice cadastrale qui récapitule pour chaque propriétaire les biens qu'il possède dans la commune, avec leur consistance et leur évaluation ; les documents et fichiers complémentaires.

modification de la situation juridique d'un immeuble doit donner lieu à publication au fichier mobilier (système de la publicité foncière). Ainsi, comme une marchandise, la propriété foncière, bâtie ou non bâtie, en zone urbaine ou rurale, doit être obligatoirement imposée (assujettie à un impôt), et à un taux fixé au prorata de son utilité économique et sociale. Mieux, leurs contentieux doivent relever d'une juridiction mixte, avec des procédures dérogatoires, en vue de défendre les intérêts de la puissance publique et des collectivités.

Il semblerait que la volonté⁶¹ de réformer les conditions de l'accès à la propriété foncière au Mali relève d'un miracle. Surtout que la gestion du domaine privé immobilier des diverses collectivités territoriales est réputée pour sa complexité et la diversité des acteurs. Cette citation du doyen Duguit est sans équivoque : « la volonté du gouvernement n'a aucune force comme telle ; elle n'a de valeur et de force que dans la mesure où elle poursuit, l'organisation et le fonctionnement d'un service public. Ainsi la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'Etat n'est plus une puissance souveraine qui commande, il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à gérer les services publics... »

2. L'implémentation du système d'accès à la propriété foncière pour plus de sûreté

On sait que l'assignation à l'administration foncière d'objectifs à atteindre, ou d'orientations à poursuivre, n'a jamais préjugé de résultats concrets. Surtout qu'il est reconnu que les politiques publiques en général, notamment rurale ou urbaine en particulier, ne sont pas toujours réalistes, pour s'inscrire d'emblée dans le « réel », c'est-à-dire le concret. Or, l'administration n'est pas une machine impersonnelle et docile ; elle est plutôt une entité sociale complexe dont les réactions ne sont, ni prévisibles, ni programmables

⁶¹ « La volonté de l'Etat n'est que le produit d'un système prescriptif qui impose une certaine conformité dans les volontés et les actions. Selon KELSEN, hypostasier l'Etat ou sa volonté est un procédé caractéristique de la pensée primitive. » Voir Sandrine BAUME, *Kelsen Plaider la démocratie*. Collection le bien commun. Michalon 2007, p. 86.

totallement. Par ailleurs, le cloisonnement des services fonciers met en péril la bonne exécution de ses actions transversales⁶².

Comme les droits de propriété foncière sont reconnus comme les moyens d'accumulation facile du capital, ou des ressources publiques, il faut savoir en faire un facteur de développement durable, à travers une culture managériale dans le sens d'une performance. Ainsi, la recherche d'une grande efficacité dans l'utilisation des ressources requises, place l'administration dans un rôle d'acteur stratégique, fasciné par le raisonnement managérial : à l'instar des entreprises privées, elle s'efforce d'atteindre la performance en optimisant les moyens mis à sa disposition. Une telle option, ne peut que privilégier le choix d'un système capitaliste d'exploitation de la propriété foncière pour le développement durable. Pour la simple raison, qu'à partir de toute l'analyse développée, il ressort que la propriété foncière ne s'accommode pas longtemps avec une appropriation collective. Or, l'école managériale insiste surtout sur l'efficacité économique, en transposant les méthodes du secteur privé pour opérer une large privatisation.

L'efficacité, est une mesure d'évaluation, qui permet aux décideurs de savoir si les moyens juridiques, matériels et humains de l'administration, lui ont permis d'atteindre les objectifs fixés. Ce qui justifie l'insertion de la propriété foncière au cœur des stratégies de l'économie du développement qui s'intéresse surtout aux questions relatives aux phénomènes démocratiques modernes exigeant plus d'engagement volontaire, de débats d'opinions contradictoires et de compétitivité. Les stratégies envisagées en la matière, privilégient les voies du changement institutionnel et de la bonne gouvernance.

⁶² Jacques CHEVALLIER, « ...actions transversales : le mouvement de désectorisation des politiques publiques (lutte contre l'exclusion, politique de la ville, développement local...) tend à imposer en effet de manière croissante une logique d'inter ministérialité et de partenariat au niveau de la mise en œuvre ; or, cette nécessaire coopération est freinée par les rivalités entre services et la méfiance qui domine dans les rapports entre l'Etat et les autorités locales. La lourdeur et la rigidité de l'appareil bureaucratique multiplient ainsi les risques de distorsions et d'écarts... » *Science administrative, op. cit*, p. 534-535.

Importé de la gestion, le terme est un sujet à polémique car le développement n'est pas un simple problème technique. Il est également un choix de société avec des ressources humaines et matérielles ; et instaure les bonnes institutions ; l'institution étant l'ensemble des règles de jeu en vigueur dans une société (les organisations étant alors les groupes d'individus, qui jouent d'après ces règles.

En pratique, la « bonne gouvernance » telle que promue, recouvre surtout le respect des droits de propriété, l'absence de corruption, et le respect des droits de l'homme, la décentralisation et la promotion de la démocratie et de la société civile. Il s'agit de choisir « des idéaux d'organisation de la société qui oscillent entre deux types de gouvernance, l'une tirant sa légitimité du suffrage populaire, l'autre de l'efficacité de l'action, de la performance »⁶³. Dans la perspective d'une performance dans la gestion foncière, il serait indispensable de moderniser les administrations domaniales, à travers l'introduction d'institution de régulation comme une « Agence de régulation du marché foncier » à l'instar de l'Agence de cession immobilière (ACI), qui s'est révélée efficace, efficiente et économique.

En fait, la notion d'« Agence » a été utilisée dans le cadre des réflexions engagées dans les années 1990 à propos de l'amélioration de l'organisation et du fonctionnement de l'Etat⁶⁴. Inspiré des systèmes administratifs anglo-saxons et scandinaves, ce nouveau mode institutionnel privilégie essentiellement une importante autonomie de ces organismes vis-à-vis de l'Etat. Ce que le professeur J. Chevallier qualifie comme « la préfiguration et la symbolisation d'une administration nouvelle émancipée du carcan administratif ». Pour le Professeur J.-B. Auby la régulation désigne « les formes diverses d'intervention par lesquelles la puissance publique s'efforce de discipliner le fonctionnement d'un secteur économique ».

⁶³ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques* 16^{ème} édition op.cit. p. 45.

⁶⁴ Voir Rapport J. PICQ, *L'Etat en France*, 1995- Rapport C. Blanc de la Commission l'Etat, administration et services publics : Pour un Etat stratégique, 1993.

Enfin, l'implémentation de l'accès à la propriété foncière pourrait être renforcée par la méthode de l'évaluation⁶⁵ qui est le reflet d'une inflexion des représentants de l'administration. Cette méthode réserve à la gestion de l'administration publique, le sceau de la recherche de l'intérêt général ; tout en se donnant la conviction que l'administration est tenue de rendre compte de ses faits et gestes et de se soumettre à un jugement⁶⁶ sur le bon emploi des ressources mises à sa disposition en vue de l'accomplissement de ses missions. Cependant, la question est de savoir quel type de sanction faudrait-il appliquer à la suite d'une évaluation qui dévoile des cas de défaillances avérées ?

Ainsi, on peut conclure cette partie, en recommandant la création d'un service cadastral, permettant de préciser la situation de chaque propriété foncière, d'une part, ainsi que l'institution d'une Agence de régulation du marché foncier, permettant de discipliner les acteurs évoluant sur ce marché, et les sanctionner en cas de besoin, d'autre part.

*

**

Volontiers, il ne sera pas opportun d'aborder à ce niveau de réflexion une conclusion de conclusion à ce niveau. L'étude n'étant qu'une étape d'un cheminement long et complexe, à poursuivre au-delà des incertitudes et des aspects informels supposés inconnus. De surcroît, l'approfondissement de cette étude sur la propriété foncière,

⁶⁵ Xavier PONS, *L'évaluation des politiques éducatives* : « Finalement, qu'est-ce que l'évaluation ? L'évaluation est selon nous un idiome réformateur. » Que sais-je ? PUF 2011, p.115 et 117.

⁶⁶ Eloi DIARRA : « En fait, en s'obligeant à obtenir et à montrer des résultats aux citoyens, les pouvoirs publics acceptent de se soumettre à leur jugement ; on dira, en utilisant un vocabulaire de science politique, au jugement du peuple. » voir, article : « Finances publiques et institution étatique ou institution et désinstitution des finances publiques : deux moments de l'Etat en France » In *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*. L'Harmattan 2008, p. 283.

Abdoulaye Fofana

doit impliquer la participation d'autres acteurs, intervenant dans le système foncier.

LA SURVIE DE LA PERSONNALITE DE LA PERSONNE MORALE

**Dr Mamadou GUISSÉ,
enseignant chercheur à la Faculté de droit privé (FDPri)
de l'Université des sciences juridiques et politiques
de Bamako (USJPB)**

Tout comme une personne physique, la personne morale naît¹, vit² et meurt³. Cependant, il est à noter que cette mort n'est, certainement,

¹ La naissance de la société, en tant que personne morale, n'est pas sans intérêt. Elle peut, ainsi, profiter des mêmes attributs qu'une personne physique ; encore faut-il que soit déterminée, avec précision, la date de cette naissance. Depuis l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, pour que la société prétende exister sur le plan juridique, il faut qu'elle soit immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. L'article 98 dudit acte uniforme dispose, en ce sens, que : « Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM, à moins que le présent Acte Uniforme en dispose autrement ». C'est, donc, une simple formalité administrative qui donne naissance à la société, personne morale. Dès lors qu'une société a la personnalité morale, certaines conséquences sont inévitables : la société a un patrimoine propre, une identité, et une capacité juridique. Elle a, donc, l'autonomie nécessaire pour agir comme une personne différente des associés et cela, par l'intermédiaire de ses organes de gestion. D'un autre côté, une fois que la personne morale est née, se pose le problème de sa durée de vie.

² La société, en tant que personne morale, a la capacité de jouissance et d'exercice ; elle a, donc, l'aptitude de faire des actes juridiques, notamment, tous les actes de disposition, acheter et vendre tous meubles et immeubles, recevoir des legs et donations. Mais, elle doit agir dans la limite de son objet social tel que défini par les statuts. La société, personne morale a, aussi, le pouvoir d'ester en justice pour défendre ses droits. Ne pouvant agir, par elle-même, elle est remplacée par une personne physique, qui est son représentant

pas soudaine, dans la mesure où il y a toujours des prémisses relatives à la santé économique de l'entreprise qui dégringole, compromettant, ainsi, la continuité de l'exploitation : il s'agit, surtout, des difficultés de fonctionnement⁴.

Celles-ci sont, le plus souvent, financières, mais elles peuvent être, également, liées à la mauvaise organisation ou à la mauvaise gestion de l'entreprise ou simplement à une conjoncture économique défavorable. Elles peuvent être passagères ou alors durer plus longtemps et entraîner, dans certains cas, et si elles ne sont pas résolues, la disparition de l'entreprise⁵. Un adage populaire nous enseigne que « mieux vaut prévenir que guérir ». Cela est, aussi, une réalité pour les entreprises en situation difficile où l'intervention tardive peut être totalement inefficace. Selon le professeur Yves Chaput, prévenir, « c'est, avant tout, amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite, mettre en place des mécanismes d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution

légal (le dirigeant de société). La personnalité juridique de la société dure, en principe, tant que dure la société. Or, la durée de la société est déterminée ; elle est de 99 ans à dater de son immatriculation. La prorogation est possible. Il est impérieux de conserver à la personnalité morale, une certaine stabilité et de lui permettre de survivre aux avatars de la vie sociale. En ce sens, l'article 99 de l'acte uniforme dispose que la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne juridique nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute modification statutaire (modification du capital social, de la dénomination sociale, etc.).

³ Cependant, de même qu'elle naît, la personnalité juridique d'une société peut disparaître : par l'effet, par exemple, d'une absorption (fusion ou scission) ou par la dissolution de la société. En effet, une société, dont le contrat est venu à expiration pour une quelconque cause, n'a plus, en principe, la personnalité juridique.

⁴ François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, N'Diaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *Société commerciales et GIE*, Collection Droit Uniforme Africain, éd. Bruylant Bruxelles, 2002, p. 172.

⁵ Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, éd. Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 7.

défavorable se confirme »⁶. La connaissance des causes des difficultés de l'entreprise, de leurs manifestations et de leur portée peut avoir une finalité immédiate ou une finalité médiate. Le degré de gravité des difficultés justifie toujours la consistance et la substance du remède administré⁷. C'est pourquoi, il est important de respecter le dosage pour que la solution ne devienne pas, elle-même, source de difficultés, parfois plus pressantes⁸.

Pour ce faire, l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁹ prévoit plusieurs mécanismes tendant à remédier aux difficultés des entreprises et qui s'appliquent à des degrés différents. Certains sont d'origine purement conventionnelle : il en est ainsi de l'audit interne et externe rigoureusement encouragés par les principes de bonne gouvernance des entreprises.

D'autres sont d'origine légale et peuvent être retrouvés dans deux corps de règles différents. D'une part, on peut les retrouver dans les procédures organisées par l'AUSC-GIE¹⁰ : il s'agit de la procédure d'alerte¹¹ et de l'expertise de gestion¹². S'agissant de l'alerte, sa mise en

⁶ Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n°2.

⁷ Mayatta NDIAYE MBAYE, cours de *Droit des entreprises en difficulté*, 2012- 2013, ISPRIC- Bamako, inédit.

⁸ Mayatta NDIAYE MBAYE, cours de *Droit des entreprises en difficulté*, 2012- 2013, ISPRIC-Bamako, inédit.

⁹ Adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire) et entré en vigueur le 24 décembre 2015.

¹⁰ Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina Faso).

¹¹ « Le commissaire aux comptes dans les sociétés, autres que les sociétés anonymes, demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant qui est tenu de répondre... sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'exploitation des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission » (art. 150 AUSC- GIE). Pour ce qui est d'une société anonyme et d'une société par action simplifiée, le commissaire aux comptes peut engager une procédure d'alerte en demandant par lettre au porteur contre récépissé ou

œuvre implique un préalable : la connaissance des causes et la manifestation des difficultés des entreprises¹³. Les causes peuvent être internes¹⁴ ou externes¹⁵, accidentelles¹⁶ ou non accidentelles,

par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission (art. 153 A USC-GIE).

¹² Aux termes de l'art. 159 al. 1^{er}, A USC- GIE, « Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander à la juridiction compétente du siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ».

¹³ Voir sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 06 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 8.

¹⁴ Il s'agit des causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise comme : la comptabilité non tenue, mal tenue ou non élaborée ; le personnel pléthorique ou les avantages salariaux exorbitants ; les dépenses somptuaires (voitures et locaux luxueux, cadeaux importants) ; l'inadaptation de la politique commerciale ; l'insuffisance des fonds propres ou des investissements ; la confusion patrimoniale ; l'incapacité, l'incompétence, l'incurie ou la mauvaise gestion des dirigeants (voir sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 8).

¹⁵ Les causes liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale : il en est ainsi en cas d'accroissement de la concurrence, de transformation des facteurs locaux de commercialité, d'accroissement du coût des *inputs*, de modification de la réglementation dans un sens défavorable, de défaillance d'un partenaire important : débiteur principal, personne cautionnée, fournisseur, client... (voir sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 06 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 8).

structurelles ou conjoncturelles, juridiques¹⁷ ou non juridiques. Quant aux manifestations, encore appelées signes ou clignotants, l'on relève leur diversité et leur relativité¹⁸. Il est à noter que certains de ces signes ou clignotants manquent de précocité en ce sens qu'ils traduisent la cessation des paiements ou l'imminence de celle-ci. Dans tous les cas, l'alerte a pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle intervient ou doit intervenir lorsque se

¹⁶ Les causes purement accidentelles, comme le décès d'un dirigeant influent, le sinistre non couvert par une assurance adéquate, les malversations, les grèves longues ou répétées ou la baisse de la productivité du travail (voir sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 8).

¹⁷ Les causes d'ordre juridique, comme l'inadéquation de la forme juridique choisie et, d'une manière générale, la non maîtrise des questions d'ordre juridique, notamment celle liées aux contrats ou à la propriété intellectuelle, que l'on pourrait résoudre par un audit juridique (voir sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 8).

¹⁸ En effet, les signes ou clignotants peuvent se manifester à travers, par exemple, le report de l'échéance d'un effet de commerce, la notification d'un protêt pour non-paiement d'un effet de commerce ou d'un chèque, l'achat en vue de la revente en dessous du cours, le non-paiement des impôts ou des cotisations sociales depuis un certain temps, la non convocation ou la non tenue, dans les délais, des réunions des organes, le refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ou le refus d'approbation de ceux-ci par l'assemblée des actionnaires, le licenciement d'un nombre important de tirailleurs, la perte d'une part importante du capital social ou des fonds propres, la réalisation de trois exercices déficitaires consécutifs, la diminution du crédit fournisseurs et/ou du crédit clients, la vente d'immobilisations ou de stocks de matières premières, le départ volontaire de cadres ou de dirigeants influents, le non renouvellement de contrats importants arrivés à expiration, la perte d'une position dominante, la maladie ou la mort d'un dirigeant influent.

produisent un ou plusieurs faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation¹⁹.

D'autre part, les procédures organisées par l'AUPCAP²⁰ encore appelées procédures collectives, prévoient d'autres types de mécanismes qui sont au nombre de quatre.

-La procédure de conciliation²¹ qui est une procédure consensuelle, à but préventif en ce qu'elle est destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder²². Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées qui aboutissent à la conclusion d'un accord de conciliation entre le débiteur et ses principaux créanciers et cocontractants, en vue de mettre fin à ses difficultés²³, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant appelé conciliateur. C'est un processus de traitement amiable.

-Le règlement préventif, qui est une procédure préventive judiciaire, est, désormais, défini comme « une procédure collective

¹⁹ Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p. 11.

²⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

²¹ Aux termes de l'art. 2 al. 1^{er} AUPCAP, « la conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers, ou au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur ».

²² Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, éd. Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 65.

²³ La procédure de conciliation est ouverte aux personnes, assujetties aux procédures collectives, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements. Elle a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin à ses difficultés (art. 5-1 al. 1 et 2 AUPCAP).

préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif »²⁴. Il est ouvert au débiteur, qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés économiques et financières sérieuses. Il s'agit d'une procédure préventive qui permet au débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements, d'être dispensé du paiement de la plupart de ses dettes afin de préparer un plan de redressement de l'entreprise²⁵. Elle aboutit également à la conclusion d'un accord négocié entre le débiteur et les créanciers et homologué par le Tribunal portant le nom de « *concordat préventif* ».

-Le redressement judiciaire, après cessation des paiements, mais avec possibilité de redressement, est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation financière n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement²⁶.

-La liquidation des biens, après cessation des paiements et sans possibilité de redressement est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif²⁷.

²⁴ Comparé avec la définition antérieure de l'AUPCAP selon laquelle le règlement préventif est « une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ».

²⁵ La notion de situation non irrémédiablement compromise a donné lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation. Voir, par exemple, F. DECKON et L. AGBENOTO, Redressement judiciaire Concordat de redressement, Encyclopédie du droit OHADA, p. 1546 et s. not. N°19.

²⁶ Art. 2 al. 2 AUPCAP : « le règlement préventif est une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ».

²⁷ Art. 2 al. 4 AUPCAP : « La liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif ».

Contrairement aux deux premières procédures qui sont des procédures de prévention des difficultés, le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont des procédures de traitement des difficultés qui se justifient par le fait qu'il y a lieu d'appliquer un traitement de choc lorsque le mal est profond ou que la prévention a échoué²⁸.

Malgré leurs finalités différentes, à savoir, d'un côté, le redressement et de l'autre, la disparition de l'entreprise, ces deux procédures ont un critère de base commun : la cessation des paiements²⁹. Evoquer les difficultés auxquelles la société peut être éventuellement confrontée, suppose l'existence juridique même de la société. Pour que la société prétende exister sur le plan juridique, il faut qu'elle soit immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. L'article 98 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose, en ce sens, que : « Toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCCM, à moins que le présent acte uniforme en dispose autrement ».

La personnalité juridique est un instrument au service des sujets de droit pour créer d'autres sujets de droit, ou une technique juridique pour satisfaire diverses ambitions, essentiellement économiques³⁰. La personnalité morale peut être définie comme l'aptitude à être sujet de droit, conférée à une personne morale. Ainsi, qui dit personne morale

²⁸ Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des Magistrats des Cours d'Appel en Droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007 à l'E.R.SU.MA, p.16.

²⁹ Aux termes de l'al.2 de l'art. 25 AUPCAP, « La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ».

³⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., p. 175.

dit patrimoine propre³¹. La reconnaissance de la personnalité morale aux groupements répond à des nécessités pratiques.

D'abord, elle facilite la tâche des créanciers qui ne seront pas obligés de diviser leurs poursuites contre les différents membres du groupe ; réciproquement, la société peut ester en justice par le biais de son représentant légal. Ensuite, la personnalité morale permet au groupement d'avoir un patrimoine distinct de celui de ses associés, d'être individualisable par un nom, un domicile et une nationalité³².

Nonobstant ces intérêts pratiques, il est un constat sur lequel tout le monde s'accorde : celui de la prolifération, de la diversité des personnes morales et de l'extrême malléabilité de leur qualification³³. En effet, si toutes les personnes morales posent des problèmes identiques, tels ceux de leur reconnaissance, de leur consistance, de leur disparition, les réponses du droit positif sont multiples. Les modalités de l'attribution de la personnalité juridique³⁴, son étendue, ainsi que la structure et les règles de fonctionnement des groupements sont diverses³⁵.

³¹ CIZIAN - VIANDIER - DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^{ème} éd., Litec n° 240.

³² Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, décembre 2011, p. 1346, n°3.

³³ G. GOUBEAUX, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, Etudes Roblot, LGDJ 1984.199, J. PELLERIN, « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé », *RTD Com.* 1981.471, G. WICKER, *Rép. Civ. Dalloz*, V. Personne morale.

³⁴ L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés, associations, syndicats, fondations et groupements d'intérêt économique est soumise à l'accomplissement de formalités diverses. Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Les sociétés civiles sont, elles aussi, soumises à immatriculation. Les associations et les syndicats doivent être déclarés. Les fondations bénéficient de la personnalité juridique dès lors qu'elles sont reconnues d'utilité publique ou pourvues d'une autorisation administrative pour les fondations d'entreprise. Les groupements d'intérêt économique doivent être immatriculés.

³⁵ Le régime de chaque groupement dépend grandement de ses caractéristiques. A titre d'exemple, la réglementation du partage des

Malgré la multiplicité des formes et le particularisme des personnes morales, celles-ci contiennent, toutefois, des éléments communs essentiels qui tendent à renforcer l'unité de la notion. La personne morale a, en effet, ceci d'irréductible que, en tant que personne juridique, elle s'oppose à l'être humain. Un groupement, c'est-à-dire un ensemble de personnes physiques, de personnes morales ou de biens réunis en vue de l'exercice d'une activité déterminée³⁶, la constitue. Dès lors, des impératifs similaires se dégagent³⁷. Certaines questions se posent de manière identique, telles, la façon dont l'intérêt commun doit être dégagé et celle dont il doit être pris en compte ; la détermination du régime de la création et de la disparition des personnes morales.

La particularité de ce dernier point réside dans le prolongement de la personnalité juridique au-delà de l'arrêt de l'activité. On parle, alors, de survie de la personne morale dissoute à la disparition de son activité. Précisément, celle-ci constitue un principe général de la théorie des personnes morales³⁸, dégagé depuis de nombreuses années par la jurisprudence et la doctrine et repris par l'art. 1844-8 al. 3 du Code civil français³⁹. L'admission du principe n'est cependant pas sans poser des difficultés. De nombreuses incertitudes règnent sur les limites temporelles de la personnalité juridique de l'être moral. En effet, à la différence des personnes physiques, il n'y a pas de coïncidence entre l'existence du groupement et l'attribution de la personnalité juridique.

personnes morales est propre à chacune puisque la répartition est, dans certains cas, licite alors qu'elle est interdite dans d'autres.

³⁶ G. WICKER, *Rep. Civ. Dalloz*, V. Personne morale, préc., n° 1, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Personne morale. La personne morale est dotée, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète.

³⁷ La finalité du groupement exige que l'autonomie de son activité et la sécurité des intérêts concernés soient assurées. D. RANDOUX, « Vers un droit commun des groupements », *JCP* 1996, préc., n° 2.

³⁸ G. WICKER, *Rep. Civ. Dalloz*, V. Personne morale, préc., n° 59.

³⁹ Si la clôture de la liquidation n'est pas intervenue dans un délai de trois ans à compter de la dissolution, le ministère public ou tout intéressé peut saisir le tribunal, qui fait procéder à la liquidation ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement.

Quant à l'attribution de la personnalité juridique à un groupement, il suffit de rappeler que, si dès sa conception un enfant peut être titulaire de droits dans la mesure de ses intérêts, pourvu qu'il naisse vivant et viable, la situation est loin d'être le cas pour les personnes morales.

La gestation d'un être moral repose sur une dissociation entre son existence en tant que groupement et son existence en tant que personne morale. La première est soumise à l'élaboration de son acte constitutif alors que la seconde dépend de l'attribution de la personnalité juridique. Une période intermédiaire entre la constitution du groupement et l'acquisition de la personnalité morale est donc inévitable⁴⁰.

Cette période intermédiaire peut être considérée comme un décalage entre la validité du groupement et son opposabilité aux tiers. En effet, l'anéantissement de l'être moral ayant pour cause sa dissolution⁴¹, il serait conséquent d'admettre que la personne morale cesse d'exister dès sa dissolution. Celle-ci n'emportant, cependant pas, à la différence des personnes physiques, la transmission du patrimoine, elle ne peut pas entraîner la disparition pure et simple de l'être moral. Les créanciers de la personne morale dissoute doivent être en mesure de faire valoir leurs droits exclusifs sur les actifs du groupement. C'est pourquoi, le sort de ces intérêts collectifs est réglé grâce aux opérations de liquidation et de partage. Dès lors, la liquidation est, nécessairement, attachée à la dissolution⁴² dont elle représente l'un des effets.

⁴⁰ Il faut, toutefois, mettre à part les cas où, en vertu d'une disposition expresse ou implicite de la loi, la personnalité juridique dépend de la seule existence du groupement. Ainsi, en est-il, par exemple, des partis politiques, des collectivités territoriales.

⁴¹ L'art. 200 de l'AUSC-GIE prévoit sept causes de dissolution de la société commerciale dont celle, particulièrement courante, de la liquidation des biens. Doit, ainsi, être cassée, la décision qui retient que « le jugement de liquidation judiciaire n'a pas pour effet la dissolution de la société », Com. 3 juin 1997, *Dalloz*, 1998.348, note H. KENFACK.

⁴² Aux termes de l'article 201 al. 2 AUSC-GIE, « la dissolution de la société... entraîne de plein droit sa mise en liquidation ».

La dissolution d'une personne morale entraîne, donc, sa mise en liquidation⁴³ au sens du droit commun. Mais, il est nécessaire, pour les besoins de la liquidation, de maintenir la personnalité juridique⁴⁴. La personnalité du groupement étant maintenue dans le but de permettre la réalisation de son patrimoine, elle est restreinte aux besoins de la liquidation. Deux exceptions sont, cependant, prévues lorsque la dissolution résulte d'une fusion-absorption⁴⁵ ou est décidée par un associé unique⁴⁶. Dans ces hypothèses, le patrimoine de la société dissoute étant transmis de façon universelle à un nouveau titulaire, la dissolution n'entraîne pas de liquidation.

Les dispositions de l'article 205 AUSC-GIE ne s'appliquent qu'à la liquidation des sociétés commerciales⁴⁷. En droit des procédures collectives, le prononcé de la liquidation des biens a, en principe, pour corollaire, la disparition de l'entreprise⁴⁸. Cependant, l'article 113 AUPCAP permet au Tribunal d'autoriser la continuation de l'activité,

⁴³ Art. 201 al. 2 AUSC-GIE préc. Il s'agit de la réalisation de l'actif et de l'extinction de la personne morale dissoute.

⁴⁴ Art. 205 al. 3 AUSC-GIE, « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci ».

⁴⁵ Conformément à l'art. 1844-4 du C. civ. français, « Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion. Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles. Ces opérations peuvent intervenir entre des sociétés de forme différente. Elles sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts. Si l'opération comporte la création de sociétés nouvelles, chacune de celles-ci est constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée. »

⁴⁶ Art. 201 al. 4 AUSC-GIE, « la dissolution d'une société dans laquelle tous les titres sont détenus par un seul associé, entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à cet associé, sans qu'il y ait lieu à liquidation... ».

⁴⁷ Art. 203 al. 2 AUSC-GIE : « ... Toutefois, elles ne s'appliquent pas lorsque la liquidation intervient dans le cadre des dispositions de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif ».

⁴⁸ Art. 113 al. 1^{er} AUPCAP. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article, « la liquidation des biens met fin à l'activité de l'entreprise débitrice ».

uniquement, pour les besoins de la liquidation et si elle ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers⁴⁹.

Cependant, le fondement de la survie divisait encore les auteurs eu égard à la nature même de la dissolution et de la liquidation qui suffit, selon eux, à justifier ce qui serait plus une continuation de la société qu'une survie de la personne morale⁵⁰. Une première théorie, qui ne semble plus avoir de partisans dans la doctrine moderne, soutient qu'au moment précis de la dissolution, une société nouvelle se soude à la première société, dont l'objet serait de liquider celle-ci. Il y aurait une superposition de deux sociétés groupant identiquement les mêmes associés et possédant les mêmes moyens⁵¹. Selon une seconde, ayant acquis l'adhésion de la doctrine classique dominante, la personnalité morale de la société ne survivait que par fiction et celle-ci n'était nécessaire que dans la mesure où elle est exigée pour conserver les droits des tiers et faciliter les opérations de liquidation ; les associés n'en seraient pas moins, dans leurs rapports entre eux, copropriétaires de biens appartenant à la société dissoute non encore liquidée⁵². C'est la même société qui se prolonge.

Par opposition aux deux précédentes, une autre plus récente, soutient que la survie de la société n'apparaît pas comme une fiction, mais comme une réalité. Elle est la continuation de la société dissoute qui ne va disparaître, tant que des droits sociaux continueront d'exister. Ainsi, la mise en liquidation n'entraînant pas la mort immédiate de l'être moral, la thèse de la survie par fiction serait juridiquement inexacte⁵³. A l'analyse, selon cette dernière théorie, la survie de la personne morale est donc une réalité, comme l'est

⁴⁹ Art. 113 al. 2 : « A titre exceptionnel, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, la juridiction compétente peut autoriser, dans la décision prononçant la liquidation des biens, une poursuite provisoire de l'activité... ».

⁵⁰ *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2018, n°133.

⁵¹ Voy. en faveur de cette théorie, J. LEVI, *Liquidation des sociétés commerciales*, Thèse, Paris, 1884, p. 17, SRAFFA, *Liquidazione delle società commerciali*, 2^{ème} éd., 1899, Firenze Cammelli, n° 10.

⁵² BASTIAN, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Journ. Soc.* 1937. 1 et s.

⁵³ *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2018, n°136.

également la personnalité morale. Selon Copper-Royer⁵⁴, « créer la fiction, c'est veiller à la naissance d'un mythe ». C'est donc méconnaître la réalité telle qu'elle se présente de façon naturelle pour obtenir un résultat de droit. Or, il n'y a pas de dénaturation du réel lorsque, constatant « la révolte du fait », le droit tire toutes les conséquences des faits qui lui sont soumis⁵⁵. La seule décision de mettre fin à l'œuvre commune ne suffit pas à détruire l'être juridique qui était issu du contrat⁵⁶. La société ne peut disparaître en un instant par la seule volonté des associés. De même que le contrat ne permet pas, à lui seul, d'acquérir la personnalité morale, la rupture de ce contrat ne peut pas la retirer⁵⁷.

La survie de la personnalité morale ayant été admise, à quelles conditions ? Même si la décision de mettre fin à la communauté d'intérêt ne suffit pas à faire disparaître automatiquement l'être social, celui-ci ne doit survivre que pour un temps (I). Par ailleurs, dans le but d'atteindre les objectifs qui sous-tendent la survie, le maintien des attributs de la personnalité juridique devient une nécessité (II).

I. Une survie temporelle

La persistance de la personnalité juridique de la société est limitée puisqu'elle n'est instaurée que pour les besoins de la liquidation (A) ; elle a vocation à être limitée dans le temps, dans la mesure où la liquidation n'est qu'une phase provisoire qui se caractérise par une

⁵⁴ Voir note COPPER-ROYER, sous Cass. Civ., sec. Com., 16 juin 1952, *D.* 1953.509.

⁵⁵ Ce qui serait une fiction, c'est de dire que la société ne survit pas, mais que pour les besoins de la liquidation, on réputera passés, avant la dissolution de la société, les actes nécessaires à la liquidation. Il y a bien, dans ce cas, travestissement de la réalité pour aboutir à un résultat de droit.

⁵⁶ Alain BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Revue des sociétés*, 1994, p. 393.

⁵⁷ De même qu'il est fait abstraction de la volonté des associés dans l'acquisition de la personnalité morale par une société en cours de formation. Cette dernière ne jouit, en réalité, de la personnalité morale qu'après que la formalité d'inscription au registre du commerce et des sociétés ait été satisfaite (art. 1842 C. civ.).

série d'opérations qui doivent aboutir au partage des biens entre les associés⁵⁸. Par ailleurs, le législateur a renforcé le caractère temporaire de cette survie en lui assignant comme borne la clôture de la liquidation⁵⁹. La jurisprudence a, cependant, adopté une conception plus réaliste de la liquidation, et admet la résurgence de la société au-delà de la limite instituée par le législateur : il s'agit de la survie après la clôture de la liquidation (B).

A. Une survie pour les besoins de la liquidation

Après la mort de la société, sa survie ne sera restreinte qu'aux besoins de la liquidation⁶⁰. Au sens général, liquider, c'est transformer en liquidité les actifs de la société⁶¹. Ainsi, la liquidation est un ensemble d'opérations consécutives à la dissolution, destinées à régler le passif social et à convertir les éléments d'actif en argent (liquide) en vue de procéder au partage de l'actif subsistant⁶². Cette opération n'est pas à confondre avec la liquidation des biens ou liquidation judiciaire prononcée dans le cadre des procédures collectives⁶³.

D'une part, la liquidation au sens commun au cours de laquelle la société ne présente pas de difficultés financières, mais pour diverses raisons, elle va prendre fin. Alors, les associés vont récupérer leurs mises et éventuellement, se partager le surplus de la liquidation de l'actif⁶⁴. D'autre part, la liquidation des biens peut intervenir lorsqu'une société, prise dans une procédure collective, présente des difficultés financières telles qu'elle doit disparaître. Ce type de

⁵⁸ Alain BOUILLOUX, *op. cit.*

⁵⁹ Alain BOUILLOUX, *op. cit.*

⁶⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°s 441 et s. ; P. LE CANNU, *op. cit.*, n° 567 ; Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 117 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, t. 1, par M. GERMAIN, n° 1110.

⁶¹ WWW.etudes-et-analyses.com/adm/droit-des-aff/memoire/survie-personnalite-morale-besoins-liquidation-31805.html, p. 1.

⁶² Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, décembre 2011, p. 1376, n°145.

⁶³ C. A Ouagadougou, arrêt n° 40 du 14 sept. 1999, Ohadata J- 02- 48.

⁶⁴ WWW.etudes-et-analyses.com/adm/droit-des-aff/memoire/survie-personnalite-morale-besoins-liquidation-31805.html; p. 1.

liquidation peut intervenir, soit dès l'ouverture d'une procédure collective, soit au terme de la procédure collective par l'effet d'un jugement définitif⁶⁵.

Si le point de départ de la période de liquidation (1) ne semble pas poser de véritable problème, plus délicate est la question de savoir à quel moment la personnalité morale s'éteint définitivement et, donc, de déterminer la durée de sa survie. En effet, bien que le législateur ait fixé une limite à la survie de la personnalité en indiquant que celle-ci subsiste jusqu'à la clôture de la liquidation⁶⁶ (2), de nombreuses difficultés demeurent.

1. Le point de départ de la période de liquidation

La dissolution d'une société entraîne, de plein droit, sa mise en liquidation⁶⁷. C'est ainsi que nous avons, d'une part, les causes de dissolution relatives au droit des sociétés commerciales⁶⁸ et d'autre part, la cause de dissolution relative au droit des procédures

⁶⁵ WWW.etudes-et-analyses.com/adm./droit-des-aff./memoire/survie-personnalite-morale-besoins-liquidation-31805.html; p. 1.

⁶⁶ Art. 391, al. 2, de la loi française du 24 juill. 1966. Il convient cependant de remarquer que les art. 205 al. 1^{er} de l'AUSC-GIE et 1844-8 du Code civil disposent que la personnalité morale subsiste jusqu'à la publication de la clôture de la liquidation (sur la différence de formulation, voir B. BOULOC, « La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce et des sociétés », *Rev. sociétés* 1978.419 ; J.-Cl. BOUSQUET, note s. Cass. com., 30 mai 1978, *Rev. sociétés* 1979.361).

⁶⁷ Art. 201 al. 2 AUSC- GIE : « La dissolution d'une société pluripersonnelle entraîne de plein droit sa mise en liquidation ».

⁶⁸ Art. 200 AUSC-GIE. Aux termes de cet article, « la société prend fin par : l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée ; la réalisation ou l'extinction de son objet ; l'annulation du contrat de société ; la décision des associés aux conditions prévues pour modifier les statuts ; la dissolution anticipée prononcée par la juridiction compétente, à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés empêchant le fonctionnement normal de la société ; par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société ; pour toute autre cause prévue par les statuts ».

collectives : la liquidation des biens⁶⁹. Cependant, il convient de noter que seule la dissolution de la société pluripersonnelle entraîne, de plein droit, sa mise en liquidation⁷⁰ à la différence de la société unipersonnelle⁷¹. Pour la jurisprudence française, la liquidation d'une société dissoute est inéluctable parce qu'elle s'impose dès l'instant que la dissolution a été prononcée. Un arrêt de la Cour de cassation française du 5 mars 1999 vient confirmer cette tendance en affirmant qu'« Une société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution pour quelque motif que ce soit »⁷². C'est la dissolution de la société qui marque le point de départ (*dies aquo*) de la période de liquidation en droit des sociétés commerciales.

Quant au point de départ de la période de liquidation des biens en droit des procédures collectives, il est fixé à la date du prononcé du jugement d'ouverture par la juridiction compétente⁷³, soit par déclaration du débiteur⁷⁴ soit à la demande d'un créancier⁷⁵, soit sur saisine d'office⁷⁶, soit sur saisine du ministère public⁷⁷. La finalité de la

⁶⁹ Selon les dispositions de l'art. 113 AUPCAP, « La liquidation des biens met fin à l'activité de l'entreprise débitrice ».

⁷⁰ Art. 201 al. 2 AUSC-GIE.

⁷¹ Aux termes de l'alinéa 3 de l'art. 201 AUSC-GIE, « la dissolution d'une société dans laquelle tous les titres sont détenus par un seul associé entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à cet associé, sans qu'il y ait lieu à liquidation... ».

⁷² Cass. 5 mars 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 499.

⁷³ La juridiction compétente qui constate la cessation des paiements prononce soit l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit l'ouverture de la liquidation des biens (art. 33 al. 1^{er} AUPCAP).

⁷⁴ L'art. 25 AUPCAP dispose à cet effet que « le débiteur qui est en cessation des paiements doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure... de liquidation des biens ».

⁷⁵ Conformément à l'art. 28 al. 1^{er} AUPCAP, « la procédure de... liquidation des biens peut être ouverte à la demande d'un créancier, quel que soit la nature de sa créance, à condition qu'elle soit certaine, liquide et exigible ».

⁷⁶ Notamment, sur la base des informations fournies par le représentant du ministère public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé, les membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine (art. 29 al. 1^{er} AUPCAP).

liquidation des biens est d'assurer, au mieux, le paiement des créanciers de l'entreprise appelée à disparaître. Elle a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif⁷⁸.

En ce qui concerne les critères d'ouverture de la procédure de liquidation des biens, au-delà de la qualité de justiciable (condition juridique)⁷⁹, il faut que le débiteur se trouve dans une situation économique précise : la cessation des paiements⁸⁰ (condition économique)⁸¹. En se référant à l'al. 3 de l'article 25 AUPCAP, le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes⁸². Mais pour obtenir l'ouverture de ladite procédure, la saisine du tribunal est inévitable nonobstant la réunion des conditions précitées et cela, suivant quatre modes : la déclaration du débiteur⁸³, l'assignation des créanciers⁸⁴, la

⁷⁷ La juridiction compétente peut également être saisie par le Ministère public (al. 2 de l'art. 29 AUPCAP).

⁷⁸ Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 149.

⁷⁹ Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, Formation des magistrats des cours d'appel en droit OHADA du 26 mars au 6 avril 2007, p. 16.

⁸⁰ Art. 25 AUPCAP préc.

⁸¹ Filiga Michel SAWADOGO, *Procédures collectives d'apurement du passif*, p. 17.

⁸² Art. 25 al. 3 AUPCAP : « Le débiteur qui est en cessation des paiement doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes ».

⁸³ Le débiteur qui est en cessation des paiements doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure... de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes (art. 25 al. 3 AUPCAP). Aux termes de l'al. 4 du même art., ladite déclaration doit être faite au plus tard dans les trente jours qui suivent la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé.

⁸⁴ La procédure de... liquidation des biens peut être ouverte à la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, à condition qu'elle soit certaine, liquide et exigible (art. 28 al. 1^{er} AUPCAP). Ladite demande doit

saisine d'office par la juridiction compétente⁸⁵ et la saisine par le ministère public⁸⁶.

Cependant, l'analyse combinée des dispositions de l'article 33 nous laisse entrevoir la possibilité pour le tribunal qui constate la cessation des paiements de prononcer la liquidation des biens s'il lui apparaît que le débiteur n'est pas en mesure de proposer un concordat sérieux⁸⁷. Un concordat sérieux⁸⁸ peut être une alternative à l'ouverture de la procédure de liquidation des biens dans la mesure où elle pourrait conduire au redressement de l'entreprise. A défaut d'un concordat de redressement ou en cas de son manque de sérieux, la procédure de redressement judiciaire pourra être convertie en liquidation des biens. Elle peut intervenir à tout moment de la

préciser la nature et le montant de la créance et le titre sur lequel celle-ci se fonde (al. 2 du même art.).

⁸⁵ La juridiction compétente peut se saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du ministère public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé, les membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine (art. 29 al. 1^{er} AUPCAP).

⁸⁶ La juridiction compétente peut également être saisie par le ministère public. Dans ce cas, il fournit les éléments motivant sa demande (art. 29 al. 2 AUPCAP).

⁸⁷ Aux termes de l'art. 33 al. 2 AUPCAP, « La juridiction compétente qui constate la cessation des paiements prononce soit l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit l'ouverture de la liquidation des biens. Elle prononce l'ouverture du redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux... ou qu'un tel concordat a des chances sérieuses d'être obtenu. Dans le cas contraire, elle prononce l'ouverture de la liquidation des biens ».

⁸⁸ Il s'agit, ici, d'un concordat de redressement qui désigne un accord conclu à l'issue d'une procédure collective de redressement judiciaire, par le débiteur en cessation des paiements, mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et ses créanciers, par lequel les parties conviennent d'une solution de redressement de l'entreprise débitrice et d'apurement de son passif (Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 2016, p. 184).

procédure de redressement judiciaire, s'il se révèle que le débiteur n'est pas ou n'est plus dans la possibilité de proposer un concordat sérieux ou si celui-ci a été annulé ou résolu⁸⁹.

Le tribunal prononce la liquidation des biens dans trois hypothèses : lorsque le concordat déposé n'est pas sérieux, lorsque le débiteur n'a pas la chance d'obtenir un concordat sérieux ou lorsque le débiteur a demandé l'ouverture de la procédure de liquidation des biens⁹⁰. Maintenu pour les besoins de la liquidation, la personnalité morale de la société dissoute doit logiquement disparaître à la clôture de celle-ci.

2. La clôture de la période de liquidation

La disparition de la personnalité morale de la société à la clôture de la liquidation rend capitale la détermination de la date de celle-ci⁹¹. Si en apparence, les textes⁹² limitent la durée de la survie en fixant la fin de celle-ci, il apparaît qu'en pratique, l'échéance est lointaine. Malgré cela, la survie ne doit être que provisoire. Deux textes à vocation générale déterminent la durée de la survie de la personnalité morale : d'une part, l'acte uniforme révisé du 30 octobre 2014, relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, et d'autre part, l'acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Aux termes de l'article 205 AUSC- GIE, « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la

⁸⁹ En cas de résolution ou d'annulation du concordat de redressement judiciaire, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens (art. 141 al. 2 AUPCAP).

⁹⁰ Yvette Rachel- KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 110.

⁹¹ *Répertoire de droit des sociétés*, Section 2 : « Survie de la personnalité morale de la société », Dalloz, 2018 ; n° 207, p. 11.

⁹² Notamment, l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; et l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

publication de la clôture de celle-ci ». La clôture des opérations de liquidation, en droit des sociétés commerciales, est organisée par les articles 216 et suivants de l'AUSC-GIE. Elle doit intervenir dans un délai de trois ans à compter de la dissolution de la société⁹³. A défaut, le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société afin qu'il soit procédé à la liquidation de la société ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement⁹⁴.

Les comptes définitifs établis par le liquidateur sont déposés au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier de l'Etat partie du siège social⁹⁵. Il y est joint, soit la décision de l'assemblée des associés statuant sur les comptes de la liquidation, le quitus de la gestion du liquidateur, la décharge de son mandat et la décision de justice précédemment visée⁹⁶. C'est à ce moment que, sur justification des formalités ci-dessus évoquées, le liquidateur demande la radiation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai d'un mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation⁹⁷.

Au regard de ce qui précède, il apparaît clairement que même la clôture de la liquidation ne suffit pas à mettre un terme à la survie de

⁹³ L'art. 216 al. 1^{er} AUSC- GIE prévoit que la clôture de la liquidation doit intervenir dans un délai de trois ans à compter de la dissolution de la société. Art. 216 AUSC- GIE.

⁹⁴ L'al. 2 du même art. dispose qu'à défaut, le ministère public ou tout intéressé peut saisir la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège de la société ou, si celle-ci a été commencée, à son achèvement.

⁹⁵ Art. 219 al. 1^{er} AUSC- GIE : « Les comptes définitifs établis par le liquidateur sont déposés au registre du commerce et du crédit mobilier de l'Etat partie du siège social ».

⁹⁶ Aux termes de l'al. 2 de l'Art. 219 AUSC- GIE, il y est joint, soit la décision de l'assemblée des associés statuant sur les comptes de la liquidation, le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat, soit, à défaut, la décision de justice visée à l'article 218.

⁹⁷ Art. 220 AUSC- GIE : « Sur justification des formalités prévues..., le liquidateur demande la radiation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier dans le délai d'un (01) mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation ».

la personnalité morale. Elle doit faire l'objet d'une publication. En droit des procédures collectives, la liquidation des biens met fin à l'activité de l'entreprise débitrice⁹⁸. A titre exceptionnel, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exigent, la juridiction compétente peut autoriser, dans la décision prononçant la liquidation des biens, une poursuite provisoire de l'activité pour une durée maximale de soixante jours⁹⁹, elle renouvelle une fois, pour la même durée, à la demande du syndic et après avis du ministère public¹⁰⁰.

A l'analyse des dispositions de l'article 113 AUPCAP, il ressort que la limitation temporelle de la survie de la personnalité morale ne souffre d'aucune ambiguïté. Il convient, cependant, de préciser les hypothèses et les effets de la clôture de la liquidation des biens organisée par l'AUPCAP. Elle peut intervenir dans deux hypothèses : soit pour extinction du passif, soit pour insuffisance d'actif. Il y a clôture pour insuffisance d'actif lorsque les fonds manquent pour entreprendre ou pour continuer les opérations de liquidation¹⁰¹. Le tribunal peut alors, à la demande de toute personne intéressée ou d'office, à tout moment de la procédure et après rapport du juge-commissaire, clôturer la procédure¹⁰².

⁹⁸ L'art. 113 al. 1^{er} AUPCAP dispose que la liquidation des biens met fin à l'activité de l'entreprise débitrice.

⁹⁹ L'al. 2 du de l'art. 113 AUPCAP prévoit qu' « à titre exceptionnel, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exigent, la juridiction compétente peut autoriser, dans la décision prononçant la liquidation des biens, une poursuite provisoire de l'activité pour une durée maximale de soixante (60) jours. Elle peut renouveler une (01) fois cette période, pour la même durée, à la demande du syndic et après avis du ministère public ».

¹⁰⁰ Al. 2 de l'art. 113 AUPCAP préc.

¹⁰¹ Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 156.

¹⁰² Sur la question, lire : H. TSAGUE DONKENG, « Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA*, n° 4, septembre 2014, p. 317 et s. Pour une application, voir Tribunal de grande instance de Wouri (Cameroun), Jugement civil n°502/civ du 8 mai 2012, Affaire Liquidation de la société Satellite insurance compagnie S.A., inédit. Il est vrai que cette procédure concerne une société d'assurance et était fondée sur les dispositions du Code CIMA mais les règles applicables sont les mêmes. (Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des*

Les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 AUPCAP¹⁰³ sont claires en la matière. La clôture pour extinction du passif, pour sa part, intervient lorsque tout le passif exigible a été payé ou que le syndic dispose de sommes suffisantes pour le faire ou lorsque le capital, les intérêts et frais des sommes dues ont été consignés¹⁰⁴. Elle est prononcée par la juridiction compétente, à toute époque, à la demande du débiteur, d'un créancier contrôleur ou du syndic, ou même d'office¹⁰⁵.

La liquidation des biens est clôturée par un jugement qui doit être publié et notifié¹⁰⁶ et qui n'est susceptible d'aucune voie de recours. Le législateur a déterminé le moment de la clôture tout en prévoyant la publication de la décision relative à celle-ci. Toutefois, il ne résout pas le problème lié à la survie de la société en tant qu'être moral, au cas où des opérations sont nécessaires après la clôture.

La formule légale ne saurait, donc, en soi fournir une réponse : la survie « jusqu'à la clôture de celle-ci [la liquidation] »¹⁰⁷ ne signifie pas qu'elle ne puisse jamais aller au-delà. La date de la clôture fixerait, dans cette conception, le terme minimal de la période de survie. La personnalité morale subsisterait « au moins » jusqu'à cette date. C'est

procédures collectives de l'OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, 2016, p. 156).

¹⁰³ Art. 173 al. 1^{er} AUPCAP : « Si les fonds manquent pour entreprendre ou continuer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du juge-commissaire, peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif ».

¹⁰⁴ Yvette Rachel KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 2016, p. 157.

¹⁰⁵ Aux termes de l'art. 178 al. 1^{er} AUPCAP, après l'arrêté des créances et tant que... l'union n'est pas close..., la juridiction compétente prononce, à toute époque, à la demande du débiteur, d'un créancier contrôleur ou du syndic, ou même d'office, la clôture de la procédure collective lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsque le syndic dispose deniers suffisants ou lorsque sont consignés les sommes dues en capital, intérêts et frais.

¹⁰⁶ Dernier al. de l'art. 177 AUPCAP : « La décision est notifiée, publiée et vérifiée ... ».

¹⁰⁷ Art. 205 AUSC- GIE et 113 AUPCAP préc.

pourquoi, il convient d'envisager l'éventualité de la survie au-delà de la clôture de la liquidation.

B. Une éventuelle survie au-delà de la clôture de la liquidation

En effet, bien que le législateur ait fixé une limite à la survie de la personnalité¹⁰⁸, de nombreuses difficultés demeurent. Les difficultés auxquelles la jurisprudence française a été confrontée, résultent de l'apparition, après la clôture de la liquidation, de droits non liquidés, au profit ou à l'encontre de la société¹⁰⁹. Il est légitime de se demander si les juges africains suivront la voie tracée par la jurisprudence française qui considère que la publication de la clôture de la liquidation ne produit pas d'effets, au moins à l'égard des créanciers, tant que « des droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés »¹¹⁰.

Les prescriptions légales, en indiquant que la personnalité morale subsiste jusqu'à la clôture, ou jusqu'à la publication de la clôture de la liquidation, semblent interdire son maintien au-delà de ces limites¹¹¹. Une telle interprétation restrictive des textes conduirait toutefois à nier les nécessités de la liquidation, qui incitent à maintenir la personnalité morale aussi longtemps que des droits sociaux subsistent (1).

¹⁰⁸ Art. 205 al. 1^{er} AUSC-GIE : « La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci ».

¹⁰⁹ A. BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. Sociétés*, 1994, p. 393.

¹¹⁰ Cass. com. 12 avril 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, 235, note J. DUPICHOT, *Rep. Déf.* 1983, 1460, obs. J. HONORAT ; *Rev. Stés* 1984, 303, note Ch. H. GALLET).

¹¹¹ Pour une interprétation contraire, V. VERDIER, « Liquidation et partage », *Rép. soc. Dalloz*, n° 54. On peut en effet considérer que l'emploi des termes « jusqu'à » signifie que la perte de la personnalité morale ne saurait intervenir avant la clôture de la liquidation, sans interdire néanmoins qu'elle subsiste au-delà.

En revanche, la clôture de la liquidation affecte la structure de la personne dissoute puisque la clôture et le quitus¹¹² donné au liquidateur mettent fin à son mandat¹¹³. Dès lors, les juges du fond déclarent à bon droit irrecevable l'action en justice dirigée contre le liquidateur d'une société dont la liquidation a été clôturée¹¹⁴. Se pose alors le problème de la représentation de la personne morale dissoute après clôture de la liquidation (2).

1. *L'existence de droits et obligations à caractère social non liquidés*

La liquidation est une activité organisée¹¹⁵ au moyen de la technique juridique, protégeant la valeur de l'entreprise, les intérêts des membres du groupement et ceux des tiers¹¹⁶. La position de la Cour de cassation française, sur cette question, est dépourvue de toute

¹¹² Le quitus de sa gestion donné au liquidateur par l'assemblée générale des actionnaires réunie pour constater la clôture des opérations de liquidation est sans effet à l'égard des tiers. V. Paris 28 mai 1993, *RJDA* 4/94, n° 292.

¹¹³ Com. 25 janv. 1983, *Rev. sociétés* 1984.51, note J.-P. SORTAIS : la Cour de cassation affirme « qu'après la clôture de la liquidation de la société, les liquidateurs précités n'avaient plus qualité pour représenter celle-ci ».

¹¹⁴ Com. 15 mai 1984, *Bull. civ.* IV, n° 162, p. 135. Plus récemment, Com. 15 juin 1993, *Rev. sociétés* 1993.797, note Y. CHARTIER. La Cour de cassation énonce que « la clôture des opérations de liquidation de la société Zela Production ayant été prononcée et le mandat de liquidateur de M. White ayant pris fin, celui-ci n'avait plus qualité pour représenter la société dans l'instance ».

¹¹⁵ Pour le professeur Malaurie, l'opposition entre les théories qui nient la réalité des personnes morales et celles qui l'affirment « obéit à un mouvement dialectique : de la simple description à la fiction, de la fiction à la réalité, de la réalité au patrimoine d'affectation, du patrimoine d'affectation à la réalité technique. Le mouvement pendulaire va sans cesse de la thèse à l'antithèse, suivi de l'antithèse à la thèse, sans jamais trouver la synthèse, sauf celle de la lassitude ». P. MALAURIE, *Nature juridique de la personnalité morale*, Defrénois 1990, art. 34848, p. 1068.

¹¹⁶ Cette organisation particulière et, notamment, le dessaisissement des organes de gestion de la personne morale peuvent être assimilés à une « forme de saisie collective - conservatoire - ». P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, G. RIPERT et R. ROBLOT, t. 2, *Procédures collectives*, LGDJ, 16^e éd., 2000, n° 3215, p. 1136.

ambiguïté. Elle a depuis longtemps admis que la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés¹¹⁷. Elle a toujours adopté une conception réaliste de la clôture de la liquidation, ne serait-ce qu'afin de ne pas laisser aux associés un moyen de faire échapper certaines dettes de la société aux réclamations des créanciers ou, à l'inverse, de ne pas empêcher la société de poursuivre un débiteur indélicat si elle constate tardivement l'existence de sa créance¹¹⁸. Ainsi que l'a souligné M. J.-P. Sortais, les formalités légales « ne produisent leurs effets qu'à la condition qu'il se soit agi d'une liquidation complète, ayant abouti à l'apurement intégral du passif : à défaut d'avoir été exhaustives, les opérations de liquidation ne peuvent produire leur effet extinctif tant en ce qui concerne les droits des tiers que ceux de la société dissoute elle-même »¹¹⁹.

Il a en outre été jugé que la clôture des opérations de liquidation par l'assemblée générale des associés, suivie de la radiation de la société au registre du commerce, ne suffisent pas à entraîner la disparition de la personne morale¹²⁰. Cette solution ne s'imposait pas

¹¹⁷ Bien que les textes applicables paraissent innover par rapport à l'état du droit antérieur, les solutions jurisprudentielles restent identiques. Les dispositions de l'article 133-1 du nouveau Code pénal français sont toutefois de nature à susciter de nouvelles controverses sur le sens qu'il convient d'accorder à l'expression « la clôture des opérations de liquidation ». En effet, aux termes de cet article, les peines d'amende ou de confiscation susceptibles d'être prononcées peuvent être exécutées jusqu'à la clôture de la liquidation. La question est dans ce cas de savoir si le juge pénal retiendra la même conception de la clôture de la liquidation que le juge civil ou commercial (sur cette question, V. I. URBAINPARLEANI, « Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés* 1993.239 et s.

¹¹⁸ Alain BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Revue des sociétés*, 1994, p. 393.

¹¹⁹ Note sous Paris, 13 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980.95. On peut également se reporter à M. B. BOULOC, « La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce », *Rev. sociétés* 1978.447.

¹²⁰ Paris, 13 mars 1979, préc. ; Cass. com., 11 juin 1985, *Bull. IV*, n° 189, p. 158. Il a ainsi été jugé que des personnes ayant conclu des marchés de travaux avec une société sont en droit de lui demander des dommages et

immédiatement à l'esprit. En effet, le législateur ayant soumis l'acquisition de la personnalité morale à l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, on a pu croire que la radiation de la société de ce même registre entraînait la perte de la personnalité morale¹²¹.

La Cour de cassation française n'a pas cru devoir suivre cette voie. Elle a ainsi estimé que devait être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui a estimé que la « radiation a fait perdre à cette société sa personnalité morale qui était liée à son immatriculation (...) de telle sorte qu'aucun mandataire ne pouvait être désigné pour liquider cette société qui, ne jouissant plus de la personnalité morale, avait perdu toute existence légale » au motif que « la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés »¹²². Dès lors, bien que radiée d'office du registre du commerce, une société conserve son existence légale pour les besoins de sa liquidation¹²³. C'est, par conséquent, à bon droit qu'une cour

intérêts en raison de malfaçons, bien que sa radiation du registre du commerce et que la publication de la clôture de sa liquidation aient été effectuées (Cass. com., 2 mai 1985, *Bull.* IV, n° 139, p. 120), ou que l'exercice d'une voie de recours ne saurait être refusé à une société au motif qu'il est postérieur à la clôture de la liquidation et à la radiation du registre du commerce de cette société, alors que la personnalité morale « subsiste aussi longtemps que ses droits et obligations ne sont pas liquidés » (Cass. 3° civ., 14 févr. 1990, pourvoi n° 8818.728, Lexis).

¹²¹ V. notamment Reims, 22 mars 1976, et Paris, 4 juin 1976, *Rev. sociétés* 1977.449, note Y. CHARTIER. Dans ces deux affaires, les juges du second degré ont considéré que la publication de l'avis de clôture de la liquidation entraînait de plein droit la perte de la personnalité morale et s'opposait en conséquence à la désignation d'un mandataire devant la représenter. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris se référait explicitement à la théorie de l'acte contraire. La personnalité morale est conférée à compter de l'inscription au registre du commerce et des sociétés, et est retirée au moment de la radiation.

¹²² Sur le pourvoi formé contre l'arrêt du 4 juin 1976 précité, Cass. com., 30 mai 1978, *Bull.* IV, n° 156, p. 134 ; *Rev. sociétés* 1979.361, note J.-Cl. Bousquet, *JCP* éd. G 1979.II.19087, note Y. GUYON.

¹²³ Bien que cette solution ait été maintes fois rappelée par la Cour de cassation, certains juges du fond persistent encore à affirmer que la personnalité morale ne subsiste pour les besoins de la liquidation que jusqu'à

d'appel française a pu considérer que, bien que radiée du registre du commerce et des sociétés, « la société se survivait pour les besoins de sa liquidation puisqu'elle avait à recouvrer toutes ses créances »¹²⁴.

La radiation apparaît ainsi davantage comme une mesure de publicité, d'information des tiers, que comme une procédure de destruction de l'être moral. Tout au plus, permet-elle de savoir que les organes de la liquidation sont désormais dessaisis. C'est par conséquent une portée toute relative que revêt cette formalité¹²⁵. En définitive, ce sont les nécessités de la liquidation de droits à caractère collectif qui fondent la survie. Cependant, une telle solution est source de nouvelles difficultés. En effet, tant que la société survit, elle doit être représentée, le mandat du liquidateur ayant pris fin à la date de la clôture de la liquidation¹²⁶. Cette fracture entre la survie de la personnalité morale de la société et la cessation des fonctions du liquidateur s'oppose ainsi à ce que le mandat subsiste quand bien même il subsisterait des dettes non liquidées¹²⁷, la société se trouvant dépourvue de représentant.

A cette phase, le liquidateur ayant mis fin à ses fonctions, s'impose la nécessité de désigner un mandataire *ad hoc*.

2. La représentation de la personne morale dissoute après clôture de la liquidation

Une personne morale doit nécessairement être représentée. L'absence de représentant postérieurement à la clôture de la liquidation est la première difficulté qu'il convient de résoudre. Après la clôture de la liquidation, le mandat du liquidateur ayant pris fin, il

la clôture de celle-ci (pour un exemple récent, V. Paris, 25^e Ch. B, 27 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988.272).

¹²⁴ Cass. 2^e civ., 19 nov. 1986, pourvoi n° 85-13.638, Lexis.

¹²⁵ Alain BOUILLOUX, « *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation* » ; *Revue des sociétés*, 1994, p. 393.

¹²⁶ Art. 217 al. 1^{er} AUSC- GIE : « Les associés sont convoqués en fin de liquidation pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation ».

¹²⁷ Cass. com., 25 janv. 1983, *Rev. sociétés* 1984.51, note J.-P. SORTAIS.

conviendra de demander la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de reprendre les opérations de liquidation¹²⁸. Saisie de la question dès 1983, la Cour de cassation française a estimé qu'il appartenait au demandeur à l'action de faire désigner un mandataire *ad hoc* afin de reprendre les opérations de liquidation¹²⁹. Elle a eu l'occasion de rappeler cette obligation à maintes reprises¹³⁰. L'exigence

¹²⁸ Cass. com. 12 avr. 1983, *Rev. sociétés* 1984. 303, note Ch.-H. GALLET, 11 juill. 1988, *ibid.* 1988. 521, note Y. GUYON, 26 janv. 1993, préc.

¹²⁹ Cass. com., 12 avr. 1983, *Rev. sociétés* 1984.303, note C.-H. GALLET.

¹³⁰ Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 1984 (Cass. com., 15 mai 1984, *Rev. sociétés* 1984.91, note J.-P. SORTAIS, 2^e esp.), elle devait rappeler que pour agir contre une société postérieurement à la clôture de la liquidation, il appartenait au demandeur de « faire désigner par décision de justice un liquidateur pour représenter la société dans une instance qui concernait la liquidation de celle-ci », à défaut de voir son action rejetée comme irrecevable. Elle a également jugé que l'action de demandeurs qui avaient assigné une société sur le fondement de la garantie décennale pour des malfaçons sur plusieurs immeubles faisait « ressortir que les obligations à caractère social n'étaient pas liquidées au moment de la radiation de (la) société » et « qu'à défaut de pouvoir mettre en cause le liquidateur d'une société liquidée, (les demandeurs) avaient intérêt à obtenir la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour représenter la société dans l'action en responsabilité engagée » (Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull.* IV, n° 247, p. 170 ; *Rev. sociétés* 1988.521, note Y. GUYON). Il a été jugé dans le même sens que c'est à juste titre qu'une Cour d'appel a retenu qu'une condamnation ne pouvait être prononcée contre une société représentée par son gérant que dans l'hypothèse où la publication de la clôture de la liquidation ne serait pas intervenue et a ordonné en conséquence la réouverture des débats pour qu'il en soit justifié, dans la mesure où, si la clôture de la liquidation a été publiée, la désignation d'un mandataire ad hoc par désignation de justice aurait été nécessaire (Cass. com., 5 nov. 1991, pourvoi n° 90-14.418, Lexis). Plus récemment, dans deux arrêts du 26 janvier 1993 (Cass. com., 26 janv. 1993, *RJDA* n° 403, 2 esp., *Rev. sociétés* 1989.994, note Y. CHARTIER), la Cour de cassation a eu à nouveau l'occasion de rappeler la possibilité de mettre en cause la société après désignation, à l'initiative du demandeur à l'instance, d'un mandataire chargé de reprendre les opérations de liquidation et a cassé la décision des juges du fond qui avaient considéré que l'action des demandeurs était irrecevable au motif que la société avait été dissoute et radiée du registre du commerce et des sociétés.

de nomination d'un mandataire ad hoc par voie judiciaire est, désormais, clairement affirmée.

Il convient, par conséquent, de saisir le juge pour obtenir la désignation d'un mandataire, avant d'engager la procédure¹³¹. Comme précédemment souligné, la Cour de cassation française se montre favorable à une large extension de la période de liquidation, en considérant que celle-ci s'achève lorsque toutes les dettes sont éteintes et que toutes les créances ont été honorées¹³². Si cette analyse a le mérite de rendre compte, le mieux possible, de la réalité de la vie de l'entreprise, elle présente toutefois des dangers, compte tenu du fait qu'elle laisse planer de nombreuses incertitudes sur la vie des affaires¹³³.

Personne ne peut affirmer avec certitude que la société que l'on a cru à jamais disparue ne renaîtra pas de ses cendres pour les besoins de la cause. La position de la Cour n'est, donc, pas sans conséquences. Le patrimoine social ayant été partagé, la société qui revit ne possède plus aucun bien et la question se pose, dès lors, de savoir contre qui l'action est effectivement dirigée¹³⁴. Or, il est incontestable qu'elle vise

¹³¹ Compte tenu de l'urgence, il semble que le juge des référés peut valablement être saisi de la demande de désignation du mandataire *ad hoc*.

¹³² Force est toutefois de constater que si la solution ne fait aucun doute pour les magistrats de la Cour de cassation, certaines Cours d'appel manifestent une relative résistance. Ainsi a-t-il été jugé par la cour d'appel de Paris que l'action d'un liquidateur engagée postérieurement à la radiation de la société du registre du commerce et des sociétés était irrecevable en raison de la perte de la personnalité morale de la société (Paris, 15^e Ch. B, 16 juin 1989, Hôtel Rosé c/ consorts Poiré, cité par MM. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, *JCP* éd. E 1990. Chron. 15677).

¹³³ Alain BOUILLOUX, préc.

¹³⁴ V. à ce sujet les remarques de M. J.-P. SORTAIS, ss Paris, 25^e Ch., 13 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980.94. Il convient de préciser que la survie de la personnalité morale de la société ne saurait permettre au liquidateur de s'exonérer de toute responsabilité dans les fautes qu'il a pu commettre lors de la liquidation. Il a ainsi été jugé que l'omission délibérée d'une créance par le liquidateur autorise le créancier à agir directement contre le liquidateur en réparation du dommage subi, et ce malgré le maintien de la personnalité morale du groupement. En effet, bien que le débiteur naturel n'ait pas disparu, l'absence de tout élément d'actif rendait illusoire l'action du créancier contre

indirectement les associés, dans la mesure où la décision du tribunal, si elle donne gain de cause au créancier, conduit à remettre en cause le partage qui avait été effectué¹³⁵.

A supposer qu'il soit possible d'agir contre les anciens associés¹³⁶, le créancier de la société risque de se heurter à la règle posée par l'article 222 AUSC- GIE, aux termes de laquelle les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société au registre du commerce et du crédit mobilier¹³⁷. Au regard de ce qui précède, il apparaît que l'affirmation du principe de la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, même postérieurement à la clôture de celle-ci, n'est pas d'une mise en œuvre très aisée et se heurte à de nombreuses difficultés pratiques qui viennent limiter considérablement l'efficacité du mécanisme¹³⁸. Elle présente, cependant, le double avantage de ne pas laisser aux membres du groupement la possibilité de faire échapper certaines de ses dettes aux

la société (Cass. com., 28 juin 1983, *Rev. sociétés* 1984.757, note D. RANDOUX).

De la même manière, il a été jugé qu'une Cour d'appel ne saurait débouter un salarié d'une demande de dommages et intérêts dirigée contre l'ancien président du conseil d'administration d'une société dissoute qui avait négligé de préserver ses droits lors de la liquidation, sans rechercher si ce dernier n'avait pas omis de manière fautive de fournir au liquidateur tous les éléments nécessaires à la prise en compte des droits du salarié licencié (Cass. com., 23 mars 1993, *Bull. IV*, n° 121, p. 83).

¹³⁵ Sauf si des éléments d'actif, omis lors de la liquidation, n'ont pas été réalisés. Ils demeurent dans ce cas la propriété de la société, qui possède de ce fait un actif propre qui pourra suffire à désintéresser le créancier demandeur.

¹³⁶ Sur ce point, voir notamment D. RANDOUX, note s. Cass. com., 28 juin 1983, *Rev. sociétés* 1984.757 ; J.-P. SORTAIS, note s. Paris, 25^e Ch., 13 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980.100 ; M. GERMAIN, note s. Cass. com., 17 déc. 1979, *JCP* éd. G 1981.II.19528.

¹³⁷ Art. 222 AUSC- GIE : « Toute action contre les associés non liquidateurs ou leur(s) conjoint(s) survivant(s), héritiers ou ayants-cause, se prescrit par cinq (5) ans à compter de la publication de la dissolution de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ».

¹³⁸ Alain BOUILLOUX, préc.

réclamations des créanciers¹³⁹ et, à l'opposé, de laisser la faculté à la personne morale de poursuivre le recouvrement d'une créance constatée tardivement¹⁴⁰. Ceci étant et dans le but d'atteindre les objectifs pouvant justifier la survie, il serait nécessaire de maintenir les attributs de la personnalité morale.

II. Le nécessaire maintien des attributs de la personnalité juridique

Ce maintien de la personnalité morale de la société dissoute entraîne un certain nombre de conséquences. Puisque la personnalité morale subsiste, le groupement conserve normalement les mêmes droits et obligations qu'avant que sa dissolution ait été décidée. Elle conserve de ce fait l'intégralité des prérogatives et des attributs qui lui sont habituellement reconnus¹⁴¹ : la conservation de son état (A). La survie de la personnalité morale durant la liquidation est également indispensable pour maintenir le patrimoine social (B) qui reste le gage exclusif des créanciers sociaux.

¹³⁹ Le partage des biens du groupement entre les associés, consécutif à la clôture formelle de la liquidation, rend cependant, bien souvent, illusoire l'action des créanciers. Néanmoins, dans l'hypothèse où le partage de l'actif a été effectué en nature, l'admission du bien-fondé de l'action du créancier rend le partage inopposable au créancier impayé (Cass. civ., 2 déc. 1885, *D.* 1886.I.357). De la sorte, les biens détenus par l'associé alloti conservent leur caractère d'élément de l'actif social. En outre, lorsque la liquidation clôturée était amiable, la possibilité d'agir contre la personne morale présente l'avantage de laisser planer la menace de faire déclarer la société en liquidation judiciaire avec les risques que cette procédure comporte pour les anciens dirigeants. Du reste, la survie de la personne morale dissoute après clôture de la liquidation ne fait nullement obstacle à la responsabilité du liquidateur qui peut être engagée notamment s'il a ignoré délibérément un créancier de la société dissoute.

¹⁴⁰ A. BOUILLOUX, préc., *Rev. sociétés* 1994.398.

¹⁴¹ Différents arrêts témoignent des conséquences de cette survie.

A. La conservation de son état

Une société ou un groupement doté de la personnalité morale peut avoir, comme une personne physique, une carte d'identité nationale¹⁴². Trois éléments identitaires la rapprochent des personnes physiques : le nom ou l'appellation, le domicile ou le siège social et la nationalité. La société dissoute conserve sa dénomination (1), mais aussi son siège social (2). Ces éléments rendent possible l'individualisation de la société afin de faciliter les actes qui seront posés au cours de la liquidation.

1. La dénomination sociale

Aux termes de l'article 14 A USC- GIE, « toute société est désignée par une dénomination sociale qui est mentionnée dans les statuts ». A l'instar de la loi française du 11 juillet 1985¹⁴³, l'article 14 de l'A USC- GIE ne s'est pas préoccupé de la traditionnelle distinction entre dénomination sociale et raison sociale. La dénomination sociale est l'appellation de la société. Ladite appellation est employée, aujourd'hui, en lieu et place de la raison sociale¹⁴⁴. Elle peut comporter le nom d'un ou plusieurs associés ou anciens associés¹⁴⁵, et doit faire l'objet de publicité¹⁴⁶. La raison sociale faisait apparaître le

¹⁴² Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1356 ; n° 43.

¹⁴³ V. art. L221 du C. com.

¹⁴⁴ Nom attribué à une société et composé à partir de celui des associés personnellement responsables du passif social ou de certains d'entre eux. La raison sociale est aujourd'hui remplacée par la dénomination sociale dans toutes les sociétés (Lexique des termes juridiques, éd. Dalloz 2017-2018).

¹⁴⁵ L'art. 15 A USC- GIE dispose que « Sauf dispositions contraires du présent acte uniforme, le nom d'un ou plusieurs associés ou anciens associés peut être inclus dans la dénomination sociale ».

¹⁴⁶ La dénomination sociale doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment les lettres, les factures, les annonces et publications diverses. Elle doit être précédée ou suivie, immédiatement, en caractères lisibles, de l'indication de la forme de la société, du montant de son capital social, de l'adresse de son siège social et de la mention de son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier (art. 17 A USC-GIE).

nom d'un ou de plusieurs associés indéfiniment responsables suivi de la mention « et compagnie » (Cie), tandis que la dénomination sociale peut être une appellation de fantaisie précédée ou suivie de la mention de la forme de la société¹⁴⁷.

L'article 17 AUSC- GIE précise que la dénomination doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers. Elle doit être précédée ou suivie immédiatement en caractères lisibles de l'indication de la forme de la société, du montant de son capital social, de l'adresse de son siège social et de la mention de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Toutes les sociétés sont désignées par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés pour les sociétés en nom collectif (SNC), ou le nom des commandités dans une société en commandite simple (SCS)¹⁴⁸. Cependant, l'article 294 de l'acte uniforme interdit l'incorporation du nom d'un associé commanditaire à la dénomination sociale d'une société en commandite simple sous peine de perdre sa limitation de responsabilité¹⁴⁹.

Le choix de la dénomination sociale ne doit pas porter atteinte aux droits que des tiers pourraient déjà avoir sur cette appellation. Au niveau de chaque Etat, il convient de vérifier si une société n'a pas déjà une dénomination identique ou voisine ; ce qui aurait pour conséquence de créer une confusion dans l'esprit des tiers¹⁵⁰. L'action en concurrence déloyale¹⁵¹ permet de combattre ce risque de

¹⁴⁷ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1356, n° 45.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Dernier al. de l'art. 194 AUSC - GIE : « Le nom d'un associé commanditaire ne peut en aucun cas être incorporé à la dénomination sociale, à défaut de quoi ce dernier répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales ».

¹⁵⁰ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1356, n° 46.

¹⁵¹ Ensemble de procédés commerciaux contraires à la loi ou aux usages, constitutifs d'une faute intentionnelle ou non et de nature à causer un préjudice aux concurrents, dont ils pourront demander réparation. Proscrite par les traités internationaux, la concurrence déloyale a surtout fait l'objet d'une construction jurisprudentielle et doctrinale à partir du droit commun de

confusion. Lorsque la dénomination a été déposée comme une marque de commerce, de fabrique ou de service, une protection plus efficace est assurée par l'action en contrefaçon¹⁵². Le nom de la société peut faire l'objet de modification¹⁵³.

Quant à la société en liquidation, elle conserve son nom. Cette solution se trouve confirmée par l'obligation faite par l'article 204 alinéa 2 AUSC-GIE de faire suivre la raison ou la dénomination sociale de la mention « société en liquidation »¹⁵⁴, ce qui implique que la société conserve son appellation et le droit d'en faire usage. Même en liquidation, une société a droit à des dommages-intérêts pour concurrence déloyale¹⁵⁵ en cas d'usurpation¹⁵⁶ de sa dénomination ou

la responsabilité civile pour faute. Se distingue des pratiques commerciales trompeuses ou déloyales : déterminées par la loi, ces dernières sont sanctionnées dans les rapports avec les consommateurs, et parfois aussi dans les rapports entre professionnels (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018).

¹⁵² Fait pour un autre que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ou de sa licence ; d'exploiter ce monopole, portant ainsi atteinte aux droits de son titulaire. La contrefaçon est un délit correctionnel. Elle constitue aussi un fait générateur de responsabilité civile, soumis aux régimes spéciaux de poursuite et de réparation institués par le Code de la propriété intellectuelle (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017-2018).

¹⁵³ La dénomination sociale peut être modifiée, pour chaque forme de société, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, pour la modification des statuts (art. 18 AUSC- GIE).

¹⁵⁴ Aux termes de l'art. 204 al. 2 AUSC-GIE : la mention « société en liquidation... doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment sur toutes les lettres, factures, annonces et publications diverses.

¹⁵⁵ Ensemble de procédés commerciaux contraires à la loi ou aux usages, constitutifs d'une faute intentionnelle ou non et de nature à causer un préjudice aux concurrents, dont ils pourront demander réparation. Proscrite par les traités internationaux, la concurrence déloyale a surtout fait l'objet en France d'une construction jurisprudentielle et doctrinale à partir du droit commun de la responsabilité civile pour faute (*Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz 2017-2018).

¹⁵⁶ Fait d'utiliser l'identité d'un tiers ou, plus globalement, de faire usage d'une ou plusieurs données, de toute nature, permettant de l'identifier dans le but de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui ou de porter atteinte à son

de son enseigne¹⁵⁷ par un tiers¹⁵⁸. La société dissoute conserve son adresse géographique.

2. Le siège social

Comme en droit français, aucune définition légale n'est donnée du siège social par le législateur africain¹⁵⁹. Ce dernier se contente d'énoncer que le siège social peut être fixé, au choix des associés, soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière¹⁶⁰. C'est le lieu précisé dans les statuts d'une société, qui constitue son domicile et détermine en principe la loi applicable à la personne morale, de même que sa nationalité¹⁶¹. Toute société doit avoir un siège social qui doit, non seulement, être mentionné dans les statuts¹⁶², mais aussi bien localisé¹⁶³. Il convient, cependant, de faire la distinction entre le siège statutaire et le siège réel. En effet, la loi prévoit que si le siège social indiqué dans les statuts ne correspond pas au siège social réel, il est inopposable aux tiers qui pourront se prévaloir du siège statutaire si le siège social réel est situé en un autre lieu¹⁶⁴.

honneur ou à sa considération (*Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz 2017-2018).

¹⁵⁷ Signe apposé sur un établissement commercial et le distinguant des autres établissements (*Lexique des termes juridiques*, éd. 2017-2017).

¹⁵⁸ Com. 20 mai 1974, *Bull.* IV n° 162.

¹⁵⁹ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1356, n° 47.

¹⁶⁰ Conformément à l'art. 24 AUSC- GIE, « Le siège social est fixé, au choix des associés, soit au lieu du principal établissement de la société, soit à son centre de direction administrative et financière ».

¹⁶¹ *Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz 2017-2018.

¹⁶² Aux termes de l'art. 23 AUSC-GIE, « Toute société a un siège social qui doit être mentionné dans les statuts ».

¹⁶³ Il faut une adresse ou une indication géographique suffisamment précise (art. 25 AUSC- GIE).

¹⁶⁴ Art. 26 AUSC- GIE : « Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ».

La société dissoute conserve son domicile social et peut être assignée régulièrement à ce domicile tant que la liquidation n'est pas terminée. Les tiers peuvent donc, à leur choix, signifier l'exploit d'ajournement à la société, au siège social, ou au domicile personnel du liquidateur¹⁶⁵. Le tribunal du siège social demeure compétent pour tous les litiges entre associés et aussi pour les instances dirigées contre la société par les tiers¹⁶⁶.

Cela se comprend aisément dans la mesure où c'est au lieu du siège social que la société est imposée fiscalement et soumise à la procédure de redressement et de liquidation judiciaire. C'est également à ce lieu que seront accomplies toutes les formalités de publicité au RCCM afférentes à la constitution, au fonctionnement, à la dissolution de la société ainsi que toutes les modifications relatives à sa vie¹⁶⁷. Toutefois, il faut tenir compte de la jurisprudence dite des gares principales qui trouvera, sûrement, à s'appliquer sur le sol africain lorsqu'une société a créée des succursales¹⁶⁸, centres distincts du siège social. En pareil cas, ladite société peut être assignée devant le tribunal dans le ressort duquel une de ses succursales est installée¹⁶⁹.

En effet, la succursale n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société¹⁷⁰. Il en résulte que les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui découlent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société¹⁷¹. Le siège social peut être transféré en un autre lieu pour les besoins de la

¹⁶⁵ Cass. civ. 3 janv. et 29 févr. 1872, *DP* 1872. 1. 10 et 11 ; Cass. req. 10 août 1880, *S.* 1882. 1. 311 ; 16 août 1880, *DP* 1882. 1. 80.

¹⁶⁶ BASTIAN, article préc., *Journ. soc.* 1937. 27 et 33.

¹⁶⁷ *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1357, n° 49.

¹⁶⁸ Aux termes de l'art. 116 AUSC-GIE, « La succursale est un établissement commercial ou industriel ou de prestation de services, appartenant à une société ou à une personne physique et dotée d'une certaine autonomie de gestion ».

¹⁶⁹ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1357, n° 50.

¹⁷⁰ Art. 117 AUSC-GIE.

¹⁷¹ Art. 118 AUSC-GIE.

liquidation, pourvu que les formalités habituelles imposées pour le transfert du siège d'une société non dissoute aient été observées¹⁷². Les conditions dudit transfert obéissent aux formalités prévues pour la modification des statuts¹⁷³. Le siège social peut, non seulement à un autre endroit de la même ville¹⁷⁴, mais aussi en dehors du pays¹⁷⁵, sur décision de l'Assemblée générale extraordinaire qui est la seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions¹⁷⁶. Dans le cas du transfert du siège social hors du pays, la loi exige l'unanimité des associés¹⁷⁷. Par suite, lorsqu'une assemblée générale de SARL a fixé un siège de liquidation, mais que la mention du siège social au registre du commerce n'a pas été modifiée, les créanciers poursuivants peuvent signifier valablement leurs exploits d'ajournement au siège social¹⁷⁸. Il est à noter que tout changement doit faire l'objet d'une publicité pour informer les tiers¹⁷⁹.

Au-delà du siège social, un auteur¹⁸⁰ s'est interrogé au sujet de la nationalité des personnes morales. Comme les personnes physiques, les personnes morales sont soumises à des obligations et pourront jouir de certains droits réservés aux nationaux. Malgré les critiques formulées contre la transposition de ce concept aux personnes

¹⁷² Cass. req. 3 janv. 1900 et CA Colmar, 27 nov. 1934, préc.

¹⁷³ Art. 27 AUSC- GIE : « Le siège social peut être modifié, pour chaque forme de société, dans les conditions prévues pour la modification des statuts. Toutefois, il peut être transféré à un autre endroit de la même ville par simple décision des organes de gérance ou d'administration de la société ».

¹⁷⁴ Art. 27 AUSC- GIE, préc.

¹⁷⁵ Aux termes de l'al. 2-2 de l'art. 551 AUSC- GIE, « l'assemblée générale extraordinaire est également compétente pour transférer les sièges sociaux en toute autre ville de l'Etat partie où il est situé, ou sur le territoire d'un autre Etat ».

¹⁷⁶ Al. 1^{er} de l'art. 551 AUSC- GIE : « L'Assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ».

¹⁷⁷ Aux termes de l'art. 359- 2- AUSC- GIE, « l'unanimité est requise dans le cas du transfert du siège social dans un Etat autre qu'un Etat partie ».

¹⁷⁸ CA Paris, 3 juill. 1967, *D.* 1967. 666.

¹⁷⁹ CCJA, arrêt n° 009/2002 du 321 mars 2002, *Le Juris-OHADA* n° 4/2002, octobre-décembre 2002, p. 29, note anonyme. *Recueil de jurisprudence*, n° spécial, janvier 2003 p. 21, Ohadata-J-02-164.

¹⁸⁰ NIBOYET, *Rev. Crit. DIP* 1927, 402.

morales, le droit positif actuel de tous les pays parties au traité OHADA s'accorde pour admettre l'existence d'une nationalité des personnes morales non assimilable à celle des personnes physiques¹⁸¹. A ce jour, l'acte uniforme ne parlant pas de nationalité des sociétés, celle-ci peut être définie comme un lien de rattachement économique privilégié avec un Etat donné¹⁸². Par conséquent, les pays peuvent retenir la notion de citoyenneté de l'entreprise en lieu et place de la nationalité¹⁸³. En plus des attributs, la survie de la personnalité morale entraîne aussi la survie du patrimoine de la société.

B. La survie du patrimoine social

En tant que personne, la société a un patrimoine distinct de celui des associés : ce sont les effets patrimoniaux de la personnalité morale¹⁸⁴. Ce patrimoine est une universalité de droit qui comprend tous les droits et obligations unis par une affectation commune à l'intérêt propre du groupement¹⁸⁵. Comme tout patrimoine, celui des personnes morales comprend un actif et un passif. Ce patrimoine social n'est pas à confondre avec le capital social¹⁸⁶. Comme conséquence de la survie de sa personnalité morale, la société conserve son patrimoine et ne constitue qu'un seul débiteur pour ses créanciers qui ne sont pas obligés de diviser leur poursuite contre les

¹⁸¹ L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, L.G.D.J 1984 ; Y. LOUSSOUARN, « Nationalité des sociétés commerciales et communauté économique européenne », *Rev. jurisp. com.* 1990, p. 145 ; J. FROSSARD, « Un vide législatif : la nationalité des sociétés », *D.* 1969, Chron., p. 9.

¹⁸² Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1358, n° 56.

¹⁸³ J.P. LABORDE, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Mélanges J. Derrupe*, 1991, p. 49.

¹⁸⁴ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1356, n° 43.

¹⁸⁵ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1360, n° 66.

¹⁸⁶ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1360, n° 66.

différents créanciers ; ce patrimoine lui permet également de recouvrer ses créances¹⁸⁷.

C'est pourquoi, les biens sociaux continuent d'appartenir à l'être moral maintenu et ne deviennent pas, en principe, la propriété indivise des associés, du moins dans la mesure où les besoins de la liquidation l'exigent¹⁸⁸. Toutefois, « la personnalité des associés se dessine davantage derrière l'écran plus faible d'un être moral diminué »¹⁸⁹, et l'individualisation des droits des associés s'accuse au cours de la liquidation. En outre, en vue de maintenir la valeur de l'entreprise et d'éviter la dispersion du fonds social, le législateur maintient les baux d'immeubles et régleme les cessions d'actif¹⁹⁰. Cette survie du patrimoine social entraîne un certain nombre de conséquences tant à l'égard des créanciers sociaux (1) et des associés que de la société elle-même (2).

1. Les conséquences pour les créanciers sociaux

En effet, à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, la société est redevable sur son patrimoine propre vis-à-vis des créanciers sociaux. C'est pour cette raison que le capital social est placé au passif de la société¹⁹¹. Représentant une dette de la société à l'égard des associés, celle-ci ne sera exigible qu'à la dissolution de la société. C'est l'autonomie du patrimoine de la société qui permet d'apprécier l'importance de la personnalité morale. La société se caractérise par une mise en commun d'apport dont elle a, seule, la propriété et la jouissance¹⁹².

¹⁸⁷ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1376, n° 146

¹⁸⁸ *Répertoire de droit des sociétés*, « La survie de la personnalité morale de la société », Dalloz, 2018, n° 147.

¹⁸⁹ GAVALDA, article préc., in *Dix ans de conférences d'agrégation*, 1961, Dalloz, p. 258.

¹⁹⁰ *Répertoire de droit des sociétés*, préc., n°147.

¹⁹¹ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1361, n° 68.

¹⁹² Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1361, n° 69.

Comme conséquence de cette autonomie patrimoniale, les créanciers de la société ne sont pas des créanciers des associés, et ceux des associés ne peuvent pas agir contre la personne morale, sauf dans le cadre de l'action oblique¹⁹³.

Les droits des créanciers de la société dissoute ne sont pas en principe modifiés pendant la liquidation. Les créanciers sociaux conservent, sur le fonds social, un droit de gage exclusif qui leur permet d'échapper au concours des créanciers personnels des associés¹⁹⁴. Les biens de la personne morale sont ainsi réservés au paiement de ses créanciers dont ils constituent le gage exclusif à l'abri de la poursuite des créanciers personnels des associés¹⁹⁵. Les créanciers personnels des associés sont sans droit pour poursuivre le recouvrement de leur créance sur les biens dépendant de l'actif social ou sur les sommes provenant de leur réalisation¹⁹⁶. Ce maintien de l'autonomie patrimoniale a été rappelé plusieurs fois par la jurisprudence française, et notamment dans une espèce où le créancier personnel d'un associé d'une société en nom collectif dissoute de plein droit par le décès d'un associé, prétendait saisir le fonds de commerce de la société. Il a été débouté par la Cour d'appel de Grenoble¹⁹⁷.

Ainsi, sauf en cas de dissolution sans liquidation, l'actif social continuant à appartenir à la personne morale, les créanciers personnels des associés ne peuvent recouvrer leurs créances que sur

¹⁹³ Action en justice que le créancier peut exercer pour le compte de son débiteur lorsque la carence de ce dernier dans l'exercice de ses droits et obligations compromet les droits de ce créancier. Elle ne peut concerner les droits et actions exclusivement rattachés à la personne du débiteur (*Lexique des termes juridiques*, éd. Dalloz, 2017-2018). Aux termes de l'al. 1^{er} de l'art. 226 du régime général des obligations (Mali), « Dans les cas prévus par la loi, le créancier peut exercer directement en son nom propre l'action du débiteur ».

¹⁹⁴ CA Bourges, 21 août 1871, *DP* 1873. 2. 34 ; Cass. civ. 2 déc. 1885, *DP* 1886. 1. 357.

¹⁹⁵ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1361, n° 69 préc.

¹⁹⁶ Cass. civ. 21 juill. 1920, *DP* 1921. 1. 137, note L. LACOUR ; J. MOLIERAC, *Manuel des sociétés* t. 1, 1956, Dalloz, p. 28.

¹⁹⁷ CA Grenoble, 17 mars 1987, cité in *JCP*, éd. E, 1988. II. 15168, n° 1.

les parts sociales elles-mêmes, qui restent des meubles incorporels jusqu'au partage¹⁹⁸. Mais la nécessité où se trouve la société dissoute de remplir ses engagements antérieurs ne saurait avoir pour conséquence de prolonger son fonctionnement régulier, ce qui serait inconciliable avec le fait de la liquidation, dont l'objet est d'opérer le plus promptement possible la réalisation de l'actif et l'extinction du passif¹⁹⁹.

Cependant, il a été jugé qu'un obligataire est en droit de demander l'emploi de fonds suffisants pour assurer le paiement des intérêts et le remboursement de ses obligations, en cas de dissolution et de mise en liquidation d'une société, et spécialement d'une compagnie de chemin de fer²⁰⁰. Parce qu'elle conserve sa personnalité morale, la société garde son patrimoine, qui reste le gage exclusif des créanciers sociaux, à l'abri des créanciers personnels des associés. Ainsi, malgré la disparition de la masse des créanciers, il semblerait que la solution consistant à assigner la société dissoute en redressement judiciaire garde un certain intérêt car, dans ce cas, il existe entre les créanciers une union plus complète que celle de la liquidation qui résulte de la loi sur les sociétés commerciales²⁰¹.

2. Les conséquences pour la société

L'autonomie du patrimoine de la personne morale cède parfois vis-à-vis des comportements des associés ou des dirigeants. La limitation de responsabilité joue tant que l'autonomie d'action et de patrimoine de la société est respectée. Il s'ensuit que le principe de la limitation de responsabilité est battu en brèche en cas de fictivité de la personne morale ou de confusion du patrimoine social avec les patrimoines personnels²⁰². C'est ce qui justifie l'extension au dirigeant indelicat de l'extension de la procédure collective ouverte contre la personne morale, lorsque le dirigeant de droit ou de fait a provoqué

¹⁹⁸ Cass. 2^e civ. 27 oct. 1971, *D.* 1972. 473, note M. DONNIER.

¹⁹⁹ Cass. civ. 2 févr. 1887, *DP* 1887. 1. 97 ; 10 mai 1887, *DP* 1887. 1. 334.

²⁰⁰ CA Caen, 16 août 1882, *DP* 1884. 2. 30.

²⁰¹ P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, n° 2860, p. 870 et s.

²⁰² CCJA, 1^{ère} chambre, arrêt n°18 du 31 mars 2005, *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n°5, janvier-juin 2005, vol. 1 p. note M. BROU KOUAKOU.

l'insuffisance de l'actif en agissant dans son intérêt personnel, à tout le moins, un intérêt distinct de celui fixé dans l'acte constitutif²⁰³.

En ce qui concerne les biens de la société, les immeubles sociaux restent la propriété de la société. Elle est réputée demeurer, au cours de la liquidation, propriétaire des biens sociaux, qui sont propriété d'une personne juridique distincte des associés et qui ne sauraient être soumis à aucune des règles du droit civil en ce qui concerne notamment : l'hypothèque légale de la femme, du mineur, de l'interdit, l'hypothèque judiciaire résultant d'une condamnation contre un quelconque des associés, les associés ne pouvant acquérir sur les biens sociaux aucun droit privatif ou indivis de propriété²⁰⁴. Pour la même raison, si, parmi les associés, se trouvent des mineurs ou des interdits, il peut être procédé à la vente des biens de la société sans l'observation des formalités judiciaires, et les ayants cause de l'associé décédé ne peuvent pas exiger l'apposition des scellés sur les biens sociaux²⁰⁵. En vue de maintenir la valeur de l'entreprise et d'éviter la dispersion du fonds social, les baux d'immeubles, dont la société est locataire, ne sont pas résiliés²⁰⁶.

Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence a décidé que les juges du fond ne sauraient résilier une location commerciale dont était titulaire une société en nom collectif, au motif qu'à la suite de cessions de parts, elle se trouverait atteinte de nullité, et qu'ainsi le propriétaire n'avait plus, devant lui, la personne morale locataire avec laquelle il

²⁰³ Paul-Gérard POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1362, n° 72.

²⁰⁴ Cass. req. 29 mai 1865, *DP* 1865. 1. 380 ; 15 nov. 1887, *DP* 1888. 1. 293, rapp. LEMAIRE.

²⁰⁵ Cass. req. 15 nov. 1887, préc.

²⁰⁶ Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune... résiliation ou résolution du bail des immeubles affectés à l'activité du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille, ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens (art. 97 AUPCAP).

avait contracté et à qui il avait interdit de céder le bail, sans rechercher si elle ne survivait pas pour les besoins de sa liquidation²⁰⁷.

Pour les besoins de la liquidation, la personnalité morale est maintenue. La liquidation peut se faire pendant une période assez longue et suivant plusieurs modalités. Cette survie de la personnalité morale est motivée par des raisons pratiques. Durant la période de liquidation qui peut s'étendre sur plusieurs années, la société doit terminer les opérations en cours, recouvrer ses créances, payer ses dettes, procéder à la réalisation de certains éléments d'actif en vue du partage. La personnalité morale est nécessaire pour toutes ces opérations qui supposent l'existence d'un patrimoine.

La période de survie est la marque de la disparition future de l'être juridique, phase qui permet de réaliser la volonté des associés. Elle intervient comme une période de transition dont l'objet est de protéger la société, les associés et les tiers concernés. Ainsi, la survie est une nécessité²⁰⁸. Nonobstant les différentes affirmations doctrinales et jurisprudentielles relatives au caractère temporel de la survie de la personne morale, celle-ci n'est cependant pas exempte d'incertitudes dans la mesure où elle confère à la personne morale dissoute une durée indéfinie²⁰⁹.

²⁰⁷ Cass. 3^e civ. 12 mars 1971, *Bull. civ. III*, n° 186

²⁰⁸ Alain BOUILLOUX, *op. cit.*

²⁰⁹ Elodie BORONAD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute » ; *RTD Com.* ; 2003 ; p. 1.

**LES PRINCIPES D'INDEPENDANCE ET D'IMPARTIALITE
AU SEIN DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS
ET DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE GABONAISE**

**Sylvestre KWAHOU,
docteur en droit public,
maître-assistant à la Faculté de droit
et des sciences économiques Université Omar Bongo de Libreville**

RESUME :

Depuis 1990, s'inspirant de la France et des autres Etats d'Europe occidentale, la quasi-totalité des Etats d'Afrique noire francophone engagés dans les transitions démocratiques ont institué, par le biais de leurs Constitutions respectives, des juridictions constitutionnelles autonomes chargées non seulement d'assurer la régulation du fonctionnement des pouvoirs publics, le contrôle de la constitutionnalité des lois et la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques, mais aussi de connaître le contentieux des consultations nationales, en l'occurrence les référendums et les élections présidentielles et législatives. Dans l'accomplissement de ces missions particulières, les juridictions constitutionnelles n'en demeurent pas moins, en principe, soumises aux exigences du procès équitable. Il s'agit notamment des principes du contradictoire, d'indépendance et d'impartialité auxquels s'ajoutent les obligations de motivation des décisions et de jugement dans des délais raisonnables. Le droit au recours devant une juridiction indépendante et impartiale est une exigence consubstantielle à tout Etat de droit. L'analyse comparative des textes régissant l'organisation et le fonctionnement Conseil constitutionnel en France et la Cour constitutionnelle au Gabon montre d'une part, que l'indépendance

réelle de ces juridictions est très discutée et, d'autre part, que les deux Etats n'offrent pas le même degré de protection au principe d'impartialité auquel devraient être assujettis les membres desdites juridictions.

« C'est l'un des défis du constitutionnalisme post années 1990 dans l'espace francophone que de mettre en place les mécanismes de protection du principe d'indépendance des juges et du pouvoir judiciaire ou juridictionnel »¹. Appliquée à notre objet d'étude, cette réflexion de Fabrice Hourquebie ne manque pas d'intérêt tant demeurent les réserves sur l'indépendance et l'impartialité des juridictions constitutionnelles² aussi bien en France qu'au Gabon.

Depuis 1990, s'inspirant de la France et des autres Etats d'Europe occidentale, la quasi-totalité des Etats d'Afrique noire francophone engagés dans les transitions démocratiques³ ont institué, par le biais de leurs Constitutions respectives, des juridictions constitutionnelles autonomes⁴ chargées non seulement d'assurer la régulation du

¹ F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les Etats francophones », *Les cahiers de la justice*, 2012/2, p. 43.

² Voir J. FAUVET, « Mérites et limites du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 6 mars 1962 ; G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel n'est pas Madame Soleil », *Le Monde*, 30 décembre 1971 ; P. MARCILHACY, « Plus de gouvernement des juges ! », *Le Monde*, 16 décembre 1982 ; A. LAIGNEL, « Le gouvernement des juges ? », *Le Monde*, 27 janvier 1983 (cités par A. DAVID, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC », *Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux, CRDF*, n° 12, 2014, p. 125).

³ K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain. Le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Vol. 1, n° 2, 2002, p. 35-86 ; B. GUEYE, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 5-25.

⁴ Constitution de la République du Cameroun du 18 janvier 1996 (art. 46-56) ; Constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 (art. 144-151) ; Constitution de la République gabonaise du 26 mars 1991 (art. 83-93) ; Constitution de la République sénégalaise du 7 janvier 2001 (art.92-98) ; Constitution de la République du Tchad du 31 mars 1996 (art.160-171) ; Constitution de la République togolaise du 14 octobre 1992 (art. 99-106).

fonctionnement des pouvoirs publics⁵, le contrôle de la constitutionnalité des lois et la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques, mais aussi de connaître le contentieux des consultations nationales, en l'occurrence les référendums et les élections présidentielles et législatives⁶.

Dans le cadre de la protection de l'Etat de droit⁷, des droits fondamentaux et la garantie de la tenue d'élections libres, transparentes et régulières⁸, la juridiction constitutionnelle doit jouer

⁵ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, n° 1, p. 5 ; N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *AJIC*, 2007, p. 49 ; B. KANTE, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitutions et pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 265.

⁶ F. HOURQUEBIE, W. MASTOR, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34-2012, p. 143-162 (consacré aux juridictions européennes et américaines, cet article analyse également quelques exemples africains) ; T. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 101-113.

⁷ Voir I. SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines. Analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse de doctorat en droit, Université François Rabelais de Tours, 2005 ; M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des cours constitutionnelles à l'édification de l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007.

⁸ S. BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », 5^{ème} Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Cotonou, 22-28 juin 2000 (<http://www.laconstitution-enafrique.org/>) ; I. ABDOURHAMANE BOUBACAR, *Les cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, octobre 2002 ; S. DAKO, *Processus électoraux et transitions démocratiques en Afrique noire francophone. Etude des cas du Bénin, du Cameroun, du Gabon, du Sénégal et du Togo*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Abomey-Calavi, 2007 ; F. MELEDJE DJEDJERO, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 143 ; O.

un rôle majeur en exerçant la plénitude de ses pouvoirs en faisant preuve d'une réelle indépendance et d'une impartialité à toutes épreuves.

La séparation des pouvoirs conçue comme une garantie des droits du citoyen contre tout abus des gouvernants est considérée comme « l'un des principes fondamentaux du constitutionnalisme moderne et de l'Etat de droit »⁹. Dans l'accomplissement de ces missions particulières, et partant de la qualification textuelle explicite ou implicite des « conseils » ou « cours » constitutionnels institués à cet effet comme de véritables juridictions¹⁰, les desdits organes devraient, en principe, être soumis aux exigences du procès équitable. Au titre de celles-ci, il s'agit notamment des principes du contradictoire¹¹,

KHOUMA, « La sincérité du scrutin présidentiel devant les juridictions constitutionnelles africaines (les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal », Afrilex.u-bordeaux4.fr.

⁹ M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire électronique Montesquieu*, <http://www.dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/index.php?id=286>

¹⁰ Une partie de la doctrine conteste le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel français. Voir L. FONTAINE et Alain SUPLOT, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, 2017, p. 754 et s. ; A. DAVID, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux *a priori* à la QPC », *CRDF*, Caen, 2014, n° 12, p. 133 et s. ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Les qualités d'une Cour constitutionnelle : retour sur la dénomination du Conseil constitutionnel et la contestation de son caractère juridictionnel en comparaison avec la Belgique », Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Nancy, 2012.

¹¹ Le principe du contradictoire, au sens strict du terme, n'a de sens que lorsque deux ou plusieurs parties font valoir des prétentions opposées devant un juge. Or dans un contrôle de constitutionnalité *a priori* ou abstrait, il n'y a ni parties à la procédure, ni droits subjectifs en cause. Dans la pratique, le recours est souvent communiqué aux autorités de saisine et aux plus autorités de l'Etat, et la juridiction constitutionnelle a la possibilité d'user de tous les moyens utiles à son information (cf. G. ABADIE, « Principe du contradictoire et procès constitutionnel », 2^{ème} Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, ACCPUF, Libreville-Gabon, 13-16 septembre 2000 ; R. BADINTER, « Une longue marche : Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*,

d'indépendance et d'impartialité auxquels s'ajoutent les obligations de motivation des décisions et de jugement dans des délais raisonnables. Le respect de ces exigences vaut aussi bien pour les contrôles *a priori* et *a posteriori*¹² que pour les recours introduits lors des contentieux électoraux.

Que ce soit pour le cas de la France ou celui du Gabon, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 est le premier texte à avoir exprimé explicitement la nécessité du procès équitable. Aux termes de l'article 10 de ce texte, « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

En France, en 1996, en se fondant sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel français a dans une de ses décisions conféré une valeur

n° 25 (dossier : 50^{ème} anniversaire), août 2009). En revanche, dans le cas d'un contrôle *a posteriori* et concret, le principe du contradictoire trouve à s'appliquer, selon les modalités propres à chaque Etat (recours direct d'un particulier devant la juridiction constitutionnelle ; exception d'inconstitutionnalité : CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz Matéos c/ Espagne*, RFDC 1994, p. 175, obs. G. COHEN-JONATHAN) ; question prioritaire de constitutionnalité : S. de LA ROSA, « L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC* 2009, n° 80, p. 817 ; F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP* 2009, n° 3, p. 673 ; D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel », *RDP* 2009, n° 3, p. 638.

¹² Voir loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *Loi de modernisation des institutions de la V^{ème} République*, *JORF* du 24 juillet 2008, p. 11890 ; *Revue Pouvoirs*, « La question prioritaire de constitutionnalité », n° 137, 2011 ; B. MATHIEU, « Jurisprudence relative au à la question prioritaire de constitutionnalité. 7 septembre- 3 novembre 2010 », *La semaine juridique*, 22 novembre 2010, n° 47, p. 2192-2196 ; P. MANIN, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne. Un bilan provisoire », *AJDA*, n° 39/2010, p. 2188-2196 ; D. ROUSSEAU, « La question prioritaire de constitutionnalité : un big-bang juridictionnel », *RDP* 2009, n° 3, p. 638.

constitutionnelle au droit de recourir à un juge¹³. Si dès 2003, il faisait référence au droit au procès équitable¹⁴, ce n'est qu'en 2005 qu'il reconnaît celui-ci comme un principe à valeur constitutionnelle fondé sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁵. Concernant les principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions judiciaires, outre l'affirmation de leur valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a rappelé à maintes reprises que ces principes « sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles »¹⁶.

La nécessité d'avoir, au sein des juridictions, un juge impartial est considéré par la doctrine comme étant de l'essence même de la justice¹⁷. Selon elle, le principe de l'impartialité est « aussi ancien que l'idée même de justice »¹⁸. Le droit au recours devant une juridiction indépendante¹⁹ et impartiale est une exigence consubstantielle à tout Etat de droit. Aussi, il n'est pas vain de faire une analyse sur la façon dont cette exigence se manifeste aujourd'hui dans les textes régissant l'organisation, le fonctionnement et la procédure des juridictions constitutionnelles, ou les instances qui en font office, dans quelques Etats francophones.

¹³ Conseil constitutionnel, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *AJDA*, 1996, p. 371.

¹⁴ Conseil constitutionnel, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC ; 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC.

¹⁵ Conseil constitutionnel, 20 janvier 2005, *Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance*, n° 2004-510 DC.

¹⁶ Conseil constitutionnel, 20 octobre 2017, n° 2017-66 QPC ; 20 mars 2015, n° 2014-457 QPC ; 11 décembre 2014, n° 2014-704 DC ; 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC ; 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC ; 25 mars 2001, n° 2010-110 QPC.

¹⁷ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Montchrestien, Coll. Domat droit public, 1999, n° 1138 et s.

¹⁸ S. HUL, « Le juge administratif et l'impartialité : actualité d'un principe ancien », *AJDA*, 2004, p. 2169.

¹⁹ Sur la problématique de l'indépendance de la justice dans l'espace francophone, Voir F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », in *Les cahiers de la justice*, 2012/2, p. 41-60.

En France et au Gabon, les juridictions constitutionnelles ont, en matière de constitutionnalité des lois et de sincérité des élections politiques, une mission de régulation de l'activité normative des pouvoirs publics et de protection des droits et libertés des citoyens. L'exercice de cette fonction régulatrice impose comme préalables incontournables, l'indépendance et l'impartialité des organes et de leurs membres en charge de cette mission. En France et au Gabon, le Conseil constitutionnel²⁰ et la Cour constitutionnelle²¹ bénéficient d'un statut spécifique au sein des ordres constitutionnels nationaux respectifs qui les situent en dehors des pouvoirs constitués (exécutif, législatif, judiciaire), et les place, en principe, dans une situation d'indépendance à l'égard de ces derniers.

A la lumière d'une analyse comparative des textes régissant l'organisation et le fonctionnement de ces deux juridictions constitutionnelles, il ressort que leur indépendance, bien que garantie par leurs statuts constitutionnels, reste faiblement garantie (I) et que, dans les deux Etats, le principe l'impartialité des membres desdites juridictions ne fait pas l'objet du même degré de protection (II).

I. Une indépendance faiblement garantie

Le statut de la juridiction constitutionnelle et de ses membres permet de déterminer si son indépendance est assurée tant à l'égard des pouvoirs publics censés faire l'objet de son contrôle que de toutes les « forces extérieures susceptibles de faire pression sur elle »²². En France et au Gabon, il ressort, de façon commune, à la lecture des textes en vigueur, la garantie d'une certaine indépendance organique et fonctionnelle des juridictions constitutionnelles (A). Cependant

²⁰ Constitution du 4 octobre 1958, titre VII- Le Conseil constitutionnel, art. 56-63.

²¹ Constitution du 26 mars 1991, titre VI- De la Cour constitutionnelle, art. 83-93.

²² L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. RIOUX, G. SCOFFONI et J.-L. MESTRE, *Droit constitutionnel*, 19^{ème} éd., coll. « Précis », Dalloz, 2016, n° 307.

cette garantie semble minimaliste en ce qui concerne l'indépendance personnelle des membres desdites juridictions (B).

A.- La garantie d'une indépendance organique et fonctionnelle

Les Constitutions française²³ et gabonaise²⁴ renvoient aux lois organiques en ce qui concerne la détermination des règles d'organisation et de fonctionnement des juridictions constitutionnelles et les procédures qui sont suivies devant elles. De manière générale, une triple autonomie est jugée nécessaire pour que soit assurée l'indépendance d'une juridiction constitutionnelle : réglementaire (1), administrative et financière (2).

1. L'autonomie réglementaire

Pour prétendre bénéficier d'une véritable autonomie réglementaire, la juridiction constitutionnelle doit pouvoir elle-même opérer deux types d'opérations. Elle doit, d'une part, définir un minimum de règles de procédure suivies devant son prétoire. D'autre part, elle doit, dans le cadre de la détermination des règles de son organisation et de son fonctionnement par une loi organique, pouvoir un contrôle de constitutionnalité de celle-ci. Et en France²⁵ comme au Gabon²⁶, toutes les lois organiques sont obligatoirement soumises au contrôle du juge constitutionnel. Et pour ce qui concerne les règlements de procédure suivies par les juridictions constitutionnelles, même si le régime général de ces procédures est posé par les textes constitutionnels et législatifs, ils sont « assez largement élaborés » par ces dernières²⁷.

En France, l'état du droit atteste de l'autonomie réglementaire dont bénéficie le Conseil constitutionnel. Les articles 55 et 56 de

²³ Constitution du 4 octobre 1958, art. 63.

²⁴ Constitution du 26 mars 1991, art. 93, al. 2.

²⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 61.

²⁶ Constitution du 26 mars 1991, art. 84.

²⁷ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. RIOUX, G. SCOFFONI et J.-L. MESTRE, *op. cit.*, n° 309.

l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958²⁸ portant loi organique sur le Conseil constitutionnel disposent respectivement que « Les modalités d'application de la présente ordonnance pourront être déterminées par décret en conseil des ministres, après consultation du Conseil constitutionnel et avis du Conseil d'Etat » ; « Le Conseil constitutionnel complètera par son règlement intérieur les règles de procédure applicables devant lui édictées par le titre II de la présente ordonnance (...) »²⁹.

Au Gabon, comme l'illustrent de nombreuses décisions, la Cour constitutionnelle du Gabon a toujours procédé aussi bien au contrôle de constitutionnalité de la loi organique relative à son organisation et son fonctionnement³⁰ qu'aux différentes modifications intervenues depuis 1994³¹. Par ailleurs, elle dispose de la compétence d'élaborer

²⁸ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée par l'ordonnance n° 59-1067 du 4 février 1959 et les lois organiques n° 74-1101 du 26 octobre 1974 ; n° 90-383 du 10 mai 1990 relative au financement de la campagne en vue de l'élection du président de la République et de celle des députés ; n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel ; n° 2007-223 du 24 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'Outre-mer ; n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, n° 2011-383 du 29 mars 2011 relative au défenseurs des droits ; n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs.

²⁹ Cf. par exemple, règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel.

³⁰ Décision n° 17/CC du 15 septembre 1994 relative à la loi organique n° 13/94 portant modification de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle.

³¹ Loi organique n° 9/2011 du 25 septembre 2011 du 25 septembre 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle ; loi organique n° 2/2003 du 2 juin 2003 modifiant et complétant la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi organique n° 13/94 du

son règlement de procédure³² et de contrôler sa conformité à la Constitution³³.

2. *L'autonomie administrative et financière*

La juridiction constitutionnelle doit pouvoir disposer d'une administration interne et d'un budget autonome par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif.

Sur le plan administratif, outre les juges qui la composent, la juridiction constitutionnelle doit disposer d'experts ou d'agents administratifs nommés par la juridiction elle-même ou mis à sa disposition par l'Etat³⁴. Par ailleurs, en plus d'un siège, elle doit avoir des moyens techniques et documentaires adaptés à ses missions³⁵. En France comme au Gabon, le fonctionnement et l'administration des services administratifs de la juridiction constitutionnelle sont assurés par le président de la juridiction assisté par un secrétaire général,

17 septembre 1994 ; loi organique n° 13/94 portant modification de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle.

³² Décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle, *Hebdo-informations*, n° 536-12 mai 2007, p. 81 ; décision n° 040 bis/CC du 29 juin 2018 fixant les montants minima des frais de procédure en matière électorale devant la Cour constitutionnelle.

³³ Décision n° 48/CC du 28 septembre 2009 : « Considérant qu'il résulte de la disposition légale ci-dessus rappelée que la Cour constitutionnelle ne contrôle, par voie d'exception, la constitutionnalité d'un texte normatif que lorsque celui-ci ne lui a pas été soumis avant son entrée en vigueur ; que tel n'est pas le cas du règlement de procédure considéré que la Cour constitutionnelle a elle-même élaboré et, partant, dont elle a vérifié la conformité à la Constitution ; que, dès lors, la constitutionnalité dudit texte ne saurait être remise en cause ; qu'en conséquence la demande de vérification de la conformité à la Constitution du règlement de procédure de la Cour constitutionnelle ne peut prospérer ».

³⁴ France : décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel ; Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 18.

³⁵ Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 17a.

nommé par décret du président de la République sur proposition du président de la juridiction³⁶.

Sur le plan financier, la juridiction constitutionnelle doit pouvoir établir son budget en évaluant en toute autonomie ses dépenses et les ressources correspondantes³⁷. Ce budget est voté par le Parlement, dans le cadre du budget général de l'Etat³⁸. En principe, à cette occasion, les parlementaires ne peuvent discuter ou modifier le contenu du budget arrêté. Par ailleurs, pour l'exécution dudit budget, un agent comptable est placé sous la responsabilité du président de la juridiction³⁹.

Au Gabon, conformément aux dispositions de l'article 93 de la Constitution, « La Cour constitutionnelle jouit de l'autonomie de gestion financière. Les crédits nécessaires à son fonctionnement sont inscrits dans la loi de finances ». De même, l'article 24a, al. 1^{er} de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle dispose : « La Cour constitutionnelle élabore son projet de budget en assemblée plénière de ses membres. Ce projet de budget est arrêté définitivement en concertation avec les ministres chargés des Finances et du Budget et de Planification. Il est adopté par le Parlement dans le cadre de la loi de finances. Les crédits votés au bénéfice de la Cour constitutionnelle sont ordonnancés globalement au profit du Trésorier payeur général par le ministre des Finances. // Les crédits ainsi ordonnancés sont libérés par le Trésorier payeur général et mis à la disposition de l'Agent comptable près la Cour constitutionnelle (...) ».

³⁶ France : décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel ; Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 18.

³⁷ Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 24a

³⁸ France : ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 16 ; Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 24.

³⁹ Gabon : loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, art. 24a.

Dans le cadre de la protection de son autonomie de gestion financière⁴⁰, la Cour constitutionnelle n'hésite pas, le cas échéant, de formuler des réserves d'interprétation sur certaines dispositions de lois de finances⁴¹, notamment celles méconnaissant les dispositions relatives à la procédure d'élaboration de son budget⁴². En France, le bien non consacrée de façon expresse dans la Constitution ou dans l'ordonnance organique sur le Conseil constitutionnel a affirmé que « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement (...) est inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs »⁴³.

Eu égard à ce qui précède, de manière générale, l'autonomie financière de la juridiction constitutionnelle, en tant que pouvoir

⁴⁰ Décision n° 001/CC du 7 janvier 2008, *Loi de finances de l'exercice 2008, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle*, 2008, p. 5.

⁴¹ Voir S. KWAHOU, « Considérations sur la jurisprudence financière de la Cour constitutionnelle du Gabon », *Le Politiste, Revue Gabonaise de Sciences Politiques*, Connaissances et Savoirs, Coll. Presses Universitaires d'Etudes sur l'Afrique (PUEA), 2016, p. 39 et s. ; T. ONDO, « Vers un droit constitutionnel financier au Gabon », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n° 1-2017, p. 35 et s.

⁴² Décision n° 035/CC du 29 décembre 2010, *Loi de finances de l'exercice 2011, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle*, 2010, p. 174 : « Considérant qu'aux termes de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, le projet de budget de l'institution, élaboré en assemblée plénière de ses membres, est arrêté définitivement en concertation avec les ministres chargés des Finances et du Budget et de la Planification ; qu'en violation de ces dispositions, il est établi qu'aucune concertation n'a eu lieu entre les ministres concernés et la Cour constitutionnelle ».

⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002* (art. 115), *J.O.* du 29 décembre 2001, p. 21159 ; *Rec.* p. 180, considérant n° 47 ; décision n° 2012-654 DC du 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*, *J.O.* du 17 août 2012, p. 13496 ; *Rec.* p. 461, considérants n° 79-83. Sur une critique de l'application de la règle selon laquelle « les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement », voir O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2012.

public constitutionnel⁴⁴, s'affirme tant dans le mode d'établissement du budget que ses conditions d'exécution et de contrôle.

B. Une garantie minimaliste de l'indépendance personnelle des membres

En France, la composition du Conseil constitutionnel est fixée par les dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958. Au Gabon, celle de la Cour constitutionnelle est fixée par l'article 89 de la Constitution du 26 mars 1991 complété par la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle⁴⁵. Ces textes qui posent les règles et les conditions de nomination des membres de la Cour dont l'indépendance suscite des réserves en raison d'un lien sensible avec les autorités politiques de nomination (1) et de la vacuité des critères de sélection desdits membres (2).

1. Le lien sensible entre les autorités politiques de nomination et les membres

En France, aux termes des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel comprend neuf membres ordinaires⁴⁶ nommés pour un mandat de neuf ans non renouvelable. Trois membres sont nommés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat.

Au Gabon, la Cour constitutionnelle est composée de neuf membres nommés pour un mandat de neuf ans⁴⁷. Consécutivement à l'adoption de la loi n° 001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de

⁴⁴ Voir V. DUSSART, *L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels*, CNRS Editions, 2000, 336 p.

⁴⁵ Modifiée par la loi organique n° 13/94 du 17 septembre 1994, la loi organique n° 003/2003 du 2 juin 2003, et la loi organique n° 009/2011 du 25 septembre 2011.

⁴⁶ Constitution du 4 octobre 1958, art. 56, al. 2 : « En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens présidents de la République ».

⁴⁷ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 3.

la Constitution de la République gabonaise, les juges constitutionnels, à la différence de la France, sont désormais désignés ainsi qu'il suit : trois par le président de la République ; deux par l'Assemblée nationale ; un par le Sénat ; trois par le Conseil supérieur de la magistrature⁴⁸.

Depuis l'adoption de la loi n°1/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République gabonaise, le mandat des membres de la Cour constitutionnelle est désormais non renouvelable. Aux termes des dispositions de l'article 89 (nouveau), alinéa 2 de la Constitution, « La durée du mandat des membres nommés est de neuf ans, non renouvelable ». Comme en France⁴⁹, le président de la Cour Constitutionnelle est nommé par le président de la République⁵⁰.

A ces membres nommés, s'ajoutent des membres de droit que sont les anciens présidents de la République⁵¹. Dans le prolongement de l'article 89, alinéa 10 de la Constitution du 26 mars 1991, l'article 7 de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour Constitutionnelle dispose : « Les anciens Présidents de la République sont membres de droit de la Cour constitutionnelle. A ce titre, ils ont voix délibérative ». A titre de comparaison avec la France où des anciens présidents de la République siègent actuellement au Conseil Constitutionnel⁵², au Gabon, compte tenu de la longévité au pouvoir pendant près de 42 ans (1967-2009) du défunt président Omar Bongo Ondimba et du mandat en cours de son successeur, le président Ali Bongo Ondimba, aucun ancien président de la République n'a déjà été membre de droit de la juridiction constitutionnelle gabonaise.

⁴⁸ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 4.

⁴⁹ Constitution du 4 octobre 1958, art. 56, al. 3.

⁵⁰ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 4.

⁵¹ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 10.

⁵² En France, jusqu'en 2004, seuls les anciens présidents de la IV^{ème} République, Vincent Auriol et René Coty avaient siégé au Conseil constitutionnel au titre de membres de droit. De 2004 à nos jours, siègent au Conseil Constitutionnel le président Valéry Giscard d'Estaing, le président Nicolas Sarkozy. A l'issue de son mandat, le président Jacques Chirac y a siégé entre 2007 et 2011.

La principale réserve portée sur l'indépendance des membres des juridictions constitutionnelles concerne les modalités de leur nomination par des autorités politiques et, partant, sur la soumission présumée de ces derniers aux autorités qui les ont nommés.

En France, au Gabon et dans les autres Etats d'Afrique noire francophone, les autorités politiques ont tendance à nommer les personnes proches de leur sensibilité politique.

A titre d'exemple, au Gabon, la présidente et les huit autres membres de la Cour constitutionnelle sont souvent soupçonnés d'entretenir des rapports très étroits avec le président de la République⁵³ ou les dirigeants du Parti démocratique gabonais, parti au pouvoir depuis 1968. Dans le cas de la France, on peut souligner les exemples suivants : le président François Mitterrand n'a-t-il pas nommé comme présidents du Conseil constitutionnel soit son ancien garde des Sceaux, Robert Badinter, soit son ancien ministre de affaires étrangères, Roland Dumas ; le président Jacques Chirac n'a-t-il pas désigné comme président des anciens parlementaires RPR ou UMP⁵⁴, Yves Guéna, Pierre Mazeaud et Jean-Louis Debré. Il y a trois ans, en 2016, le président François Hollande a-t-il nommé comme président du Conseil constitutionnel, son ancien ministre des Affaires étrangères, Laurent Fabius. Les dernières personnalités politiques françaises de premier plan nommées comme membres du Conseil constitutionnel sont Lionel Jospin et Alain Juppé, tous deux anciens premiers ministres.

Pour d'anciens membres du Conseil constitutionnel français⁵⁵ et une partie de la doctrine⁵⁶, la nomination des membres d'une

⁵³ On peut mentionner ici l'accusation portée par l'opposant politique Pierre MAMBOUNDOU contre certains membres de la Cour constitutionnelle. Cf. le journal *Le Temps*, 29 juin-12 juillet 2001, p. 8, cité par *Télesphore Ondo*, in *Plaidoyer pour un nouveau régime politique au Gabon*, Paris, Publibook, 2012, p. 92.

⁵⁴ Créé par Jacques CHIRAC, le Rassemblement pour la République (RPR) est devenu Union pour la majorité présidentielle (UMP) puis Les Républicains (LR).

⁵⁵ Voir P. MAZEAUD, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25.

juridiction constitutionnelle par les autorités politiques, loin d'être une singularité française⁵⁷, se justifierait par des raisons théoriques liées à la « nature politique du litige » que la juridiction est appelée à connaître : il s'agit en premier lieu de juger, non une personne, mais un acte éminemment politique, la loi ou garantir l'authenticité de l'expression de la volonté du peuple. Et ce mode de désignation (nomination, élection, cooptation) est loin d'être une particularité des Etats francophones. En effet, dans de nombreux Etats européens (Allemagne ; Portugal ; Croatie ; République Tchèque ; Autriche ; Roumanie ; Italie ; Espagne ; Bulgarie, etc.), les autorités de nomination des membres des juridictions constitutionnelles sont généralement « des autorités politiques élues appartenant au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif avec cependant parfois aussi l'intervention d'autorités relevant du troisième pouvoir »⁵⁸. Tel est le cas du Gabon qui, depuis la révision constitutionnelle de 2018, outre les autorités politiques, associe les instances judiciaires dans la désignation des membres de la Cour constitutionnelle⁵⁹.

Mais loin d'être totalement satisfaisant, ce mode de désignation de tous les membres des juridictions constitutionnelles, ou une partie d'entre eux, par des autorités politiques est largement dénoncé. Cette remise en cause prend tout son sens lorsque la juridiction constitutionnelle est amenée à connaître du contentieux électoral, qui met en présence deux parties, ou lorsqu'elle est saisie d'une exception

⁵⁶ Voir P. WACHSMANN, « La composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2010, n° 5 ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. RIOUX, G. SCOFFONI et J.-L. MESTRE, *op. cit.*, n° 317.

⁵⁷ F. HOURQUEBIE et W. MASTOR, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34-2012, p. 143-144.

⁵⁸ P. WACHSMANN, « La composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2010, n° 5 ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, O. PFERSMANN, A. RIOUX, G. SCOFFONI et J.-L. MESTRE, *op. cit.*, n° 301.

⁵⁹ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 4.

d'inconstitutionnalité⁶⁰, dans le cas du Gabon, ou d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁶¹, dans celui de la France

Ainsi, quand certains recommandent de ne pas surestimer le risque d'allégeance des membres des juridictions constitutionnelles par rapport aux autorités de nomination en parlant d'« un devoir d'ingratitude envers ceux qui les ont nommés »⁶², d'autres, au contraire, s'attèlent à démontrer que la séparation entre l'engagement politique de certains des membres des juridictions constitutionnelles et l'exercice de leur fonction n'est pas si étanche que l'on voudrait le faire croire⁶³. Par exemple, après analyse de quelques décisions rendues par les conseils constitutionnels ivoirien⁶⁴ et nigérien⁶⁵,

⁶⁰ Constitution du 26 mars 1991, art. 86 : « Tout justiciable peut, à l'occasion d'un procès devant un tribunal ordinaire, soulever une exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi ou d'une ordonnance qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux. // Le juge du siège saisit la Cour constitutionnelle par voie d'exception préjudicielle (...) ».

⁶¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *Loi de modernisation des institutions de la V^{ème} République*, *JORF* du 24 juillet 2008, p. 11890 ; Constitution du 4 octobre 1958, art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. // Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

⁶² R. BADINTER, cité par G. CONAC, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome 2, *La jurisprudence*, Economica, 1989, p. 66.

⁶³ Voir P. AVRIL et J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 24, janvier 1983, p. 181. A propos de l'ancien président de la République Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit du Conseil constitutionnel français qui ne siégeait pas au Conseil en raison de ses mandats électifs, affirmait publiquement : « Mais j'y garde ma place et je vous indique que s'il y avait une proposition quelle qu'elle soit qui touche aux institutions de la République, j'irai siéger au Conseil constitutionnel pour m'y opposer ».

⁶⁴ Décision n° CI-2010-EP-34/03-12/CC/SG du 3 décembre 2010, portant proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle du 28 novembre 2010, voir <http://www.conseil-constitutionnel.ci/pdf/RESULTATS->

Fabrice Hourquebie et Wanda Mastor n'en pensent pas moins lorsqu'ils écrivent que le juge constitutionnel peut se muer « en gardien, non de la Constitution, mais du pouvoir en place, n'hésitant pas à rendre les décisions purement politiques aux conséquences dramatiques » ou jouer, de manière moins militante, la carte de la séduction vis-à-vis du pouvoir en place « en restant en deçà de leurs compétences pour ne pas endosser le rôle de contre-pouvoir politique »⁶⁶. Et c'est une analyse globalement partagée par la doctrine sur les cas des Etats d'Afrique noire francophone⁶⁷.

De même, à propos du Gabon, en se fondant les décisions rendues par la Cour constitutionnelle dans le cadre des contentieux électoraux

DEFINITIFS PRESIDENTIELLE 2010.pdf Décision n° CI-2011-EP-036/04-05/CC/SG du 4 mai 2011 portant proclamation de M. Alassane Ouattara en qualité de président de la République de Côte d'Ivoire, voir http://www.conseil-constitutionnel.ci/pdf/expedition_DECISION_36_portant_proclamation_du_President_%20OUATTARA_Alassane.pdf

⁶⁵ Lire M. MAHMOUD ET O. MOHAMED SALEH, « A propos de la décision du 15 avril 2009 sur la vacance de poste du Président de la République », <http://www.ufpweb.org/spip.php?article2153>

⁶⁶ F. HOURQUEBIE et W. MASTOR, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 34, 2012, p. 156.

⁶⁷ Lire A. KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme », *RBSJA*, 2006, p. 104-140 ; *Commentaire des grands avis et décisions de la Cour constitutionnelle togolaise*, PUL, 2007, 216 p. ; D. KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, 2007, p. 95 ; « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 118 (p. 115-125) ; K. SOMALI, « Les élections présidentielles devant le juge constitutionnel. Etude de cas des Etats d'Afrique noire francophone », *RDP*, 2013, n° 5, p. 1291, voir <http://www.ressources.univ-poitiers.fr:2175/weblextenso/article/print?id=R...> ; A. NCHOUWAT, « Le mode de désignation des membres des conseils constitutionnels : un enjeu électoraliste dans les Etats d'Afrique noire à l'ère du pluralisme ? », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n° 1-2017, p. 73 et s.

présidentiels de 1993⁶⁸, 1998⁶⁹, 2005⁷⁰ et 2009⁷¹, *Télesphore Ondo* affirme que « la Cour constitutionnelle gabonaise se résigne à prononcer l'annulation des élections pour éviter d'entrer en conflit avec le chef de l'Etat. Cette attitude de la Cour met ainsi en lumière sa partialité et surtout son rôle d'instrument de perpétuation du régime en place »⁷². En 1995, le professeur Joseph John-Nambo tirait déjà la même conclusion en ce qui concerne l'asservissement de la Cour constitutionnelle au pouvoir en place⁷³. Une analyse subtilement partagée par d'autres auteurs de la sous-région d'Afrique centrale⁷⁴.

Ce soupçon de dépendance est d'autant plus renforcé par le large pouvoir discrétionnaire dont dispose les autorités de nomination qui, pour opérer leurs choix, se fondent sur des critères de sélection assez vagues.

2. La vacuité des critères de sélection des membres

Au Gabon, comme dans d'autres Etats africains qui ont institué une juridiction constitutionnelle, le choix des membres des juridictions constitutionnelles doit obéir à deux types de critères,

⁶⁸ Décision n° 001/94/CC du 21 janvier 1994, in Cour constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis* 1992-1995, p. 203.

⁶⁹ Décision n° 001/CC du 20 janvier 1999 relative au contentieux de l'élection présidentielle du 6 décembre 1998, in *Hebdo-informations*, n° 395, 20 février 1999, p. 35-37.

⁷⁰ Décision n° 002/CC du 5 janvier 2006, in *Hebdo-informations*, n° 513, 14 janvier 2006, p. 5-7.

⁷¹ Décision n° 52/CC du 12 octobre 2009, in *Hebdo-informations*, n° 568, 17-31 octobre 2009, p. 131-135.

⁷² T. ONDO, *Plaidoyer pour un nouveau régime politique au Gabon*, Paris, Publibook, 2012, p. 92. Lire également Mathilde DEBAIN, « Chronique d'une victoire assurée. Retour sur la campagne présidentielle de 2009 au Gabon », *Politique africaine*, n° 115, 2009, p. 27-46 ; A. ATERIANUS-OWANGA et M. DEBAIN, « Demain un jour nouveau ? Un renversement électoral confisqué au Gabon », *Politique africaine*, n° 144, 2016, p. 157-179.

⁷³ J. JOHN-NAMBO, « Parodie d'élection présidentielle au Gabon », *Politique africaine*, n° 35, 1995, p. 133-145.

⁷⁴ E. N. NGANGO YOUMPI, « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n° 2019/CC du 14 novembre 2018 : splendeur ou stupeur ? », *Politeia*, n° 34 (2018), p. 183-200.

objectifs et subjectifs, posés cumulativement par les Constitutions respectives et les lois organiques y relatives. Par critères objectifs, on entend les éléments présidant au choix des membres de la Cour constitutionnelle basés spécifiquement sur le statut professionnel et la compétence présumée des personnes désignées en matière juridique. Quant aux critères subjectifs, ils renvoient à des éléments de sélection fondés sur la probité morale et l'éthique professionnelle des personnes susceptibles d'être choisies par les autorités compétentes.

Au Gabon, aux termes de l'article 89 (nouveau), alinéa 6 de la Constitution du 26 mars 1991, « Les juges constitutionnels sont choisis à titre principal parmi les professeurs de droit, les avocats et les magistrats âgés de cinquante au moins et justifiant de quinze ans d'expérience professionnelle au moins, ainsi que les personnalités qualifiées ayant honoré le service de l'Etat et âgées d'au moins cinquante ans ».

Contrairement à la pratique observée au Bénin⁷⁵, au Gabon, de l'analyse des choix des membres de la Cour Constitutionnelle intervenus depuis l'adoption de la Constitution du 26 mars 1991, il ressort que les critères ci-dessus présentés n'ont pas toujours été respectés par les autorités de nomination. Par exemple, de 1991 à nos jours, aucun professeur de droit, au sens strict du terme, n'a déjà été membre de la Cour constitutionnelle gabonaise. La préférence des autorités de nomination semble aller vers les magistrats et « les personnalités qualifiées ayant honoré le service de l'Etat »⁷⁶.

En France, aucune qualité professionnelle spécifique n'est exigée par les textes pour être désigné comme juge constitutionnel. Ainsi donc, le Conseil constitutionnel ne doit pas nécessairement comprendre des juristes. Aux Etats-Unis, bien que la qualité professionnelle de juriste ne soit pas exigée par les textes, les juges de la Cour suprême sont des juristes réputés, et souvent des magistrats.

⁷⁵ F. J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/3, n° 99, p. 719 à 721 notamment. Outre les critères de sélection, l'auteur analyse mentionne les décisions relatives au contentieux de la nomination de certains membres de la Cour constitutionnelle du Bénin (p. 721).

⁷⁶ Constitution du 26 mars 1991, art. 89 (nouveau), al. 6.

A titre de comparaison, certains auteurs relèvent qu'alors que les membres des Cours constitutionnelles des autres grandes démocraties « sont des juristes hautement qualifiés et expérimentés (hauts magistrats ou universitaires ayant une autorité doctrinale reconnue), ceux du Conseil constitutionnel doivent souvent leur siège au fait d'avoir exercé des fonctions, soit directement politiques (président de la République, premier ministre ou ministre, parlementaire), soit au service du gouvernement ou du Parlement, voire de grandes entreprises privées »⁷⁷, lesquelles fonctions « ne confèrent pas la légitimité acquise par une longue pratique indépendante de l'interprétation du droit »⁷⁸.

Par conséquent, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité qui donne au Conseil constitutionnel les prérogatives d'une cour suprême censée dire le dernier mot sur les questions de constitutionnalité soulevées en matière civile ou pénale qu'administrative, la tendance devrait aller dans le sens d'une augmentation du nombre de juristes expérimentés qui mériteraient d'y siéger⁷⁹.

Quant aux critères d'impartialité et d'intégrité morale et professionnelle, aussi bien en France qu'au Gabon, ils ne sont pas mis en exergue lors du choix des membres des juridictions constitutionnelles. Au Gabon, l'article 6 de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle dispose que « Outre les critères d'expérience et de compétence, le choix des membres de la cour Constitutionnelle tient également compte de l'impartialité, de

⁷⁷ L. FONTAINE et Alain SUPLOT, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction sociale ? », *Droit social*, 2017, p. 754.

⁷⁸ L. FONTAINE et Alain SUPLOT, *idem*.

⁷⁹ Voir R. BADINTER, « Une longue marche. Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009, (p. 1-3) p. 1 : « ... l'alternative pour le Conseil est là : ou affirmer sa nature juridictionnelle ou conserver le caractère d'un comité de « sages ». Le mot était lâché. A mes yeux il n'y avait plus d'hésitation possible : il fallait aller toujours plus loin dans la vie de la juridictionnalisation du Conseil ». Lire également P. CASSIA, « Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction », *Le Monde*, 17 février 2010.

l'intégrité morale et professionnelle des intéressés ». On peut toutefois se demander si, en France comme au Gabon, l'indépendance de la juridiction constitutionnelle n'aurait pas à y gagner dans le respect de ces derniers critères compte tenu des réserves suscitées par le statut politique des autorités de nomination.

Outre la problématique de leur indépendance, d'un point de vue formel et fonctionnel, la mise en place ou non des mécanismes de protection de l'impartialité des juges constitue la différence notable entre les juridictions française et gabonaise.

II. Une variation dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel

La nécessité d'avoir, au sein des juridictions, un juge impartial est considéré par la doctrine comme étant de l'essence même de la justice⁸⁰. Selon elle, le principe de l'impartialité est « aussi ancien que l'idée même de justice »⁸¹. De nos jours, l'impartialité est entendue comme un principe fondamental qui doit concerner tous les pouvoirs publics, notamment les pouvoirs juridictionnels. Dans l'accomplissement de sa mission, le juge quel qu'il soit, judiciaire, administratif ou constitutionnel, doit s'abstenir de juger par intérêt personnel ou rejeter l'application stricte de la loi en étant « animé par des mobiles douteux dictés par un contexte peu scrupuleux »⁸². La pression politique, celle de l'opinion publique, celle de l'entourage, celle des désirs et des émotions⁸³ exercées sur le juge créent un milieu défavorable pour une justice impartiale⁸⁴.

⁸⁰ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 8^{ème} éd., Montchrestien, Coll. Domat droit public, 1999, n° 1138 et s.

⁸¹ S. HUL, « Le juge administratif et l'impartialité : actualité d'un principe ancien », *AJDA*, 2004, p. 2169.

⁸² J. AJROUD, « L'indépendance de la justice en Tunisie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2 (n°86), p. 436.

⁸³ J. AJROUD, *idem*.

⁸⁴ P. TRUCHE, « L'éthique du juge : les dépendances du juge », in *Justice et Démocratie*, Pulim, 2003, p. 141 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, p. 55.

Pour limiter l'impact de l'ensemble de ces pressions sur l'office du juge, outre les mécanismes de dissuasion et de répression pénale et disciplinaire, il existe des mécanismes qui permettent aux justiciables de se prémunir de la partialité de certains juges. A l'analyse des droits positifs français et gabonais, en matière de contentieux constitutionnel, il apparaît que contrairement au droit gabonais (**B**) le droit français institue des règles visant à garantir le respect du principe d'impartialité (**A**) dans l'office du juge constitutionnel.

A.- Les mécanismes de garantie du principe d'impartialité devant le Conseil constitutionnel français

Outre son rôle de juge de la constitutionnalité de la loi, l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a fait du Conseil constitutionnel un juge « des droits et libertés que la Constitution garantit »⁸⁵, lesquels droits et libertés appartiennent aux justiciables qui ont le droit d'exiger d'être entendus par une juridiction impartiale et l'application de l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme⁸⁶, même au contentieux

⁸⁵ Constitution du 4 octobre 1958, art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé (...) ».

⁸⁶ Voir M. GUILLAUME, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP*, 2012, p. 1176 ; S. de LA ROSA, « L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne, le Conseil constitutionnel et la question préjudicielle de constitutionnalité », *RFDC* 2009, n° 80, p. 817-836 ; F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme » *RDP* 2009, n° 3, p. 673 ; S. NICOT, « La question préjudicielle de constitutionnalité, une procédure « eurocompatible » ? », *AJJC*, XXIV-2008, p. 59-75 ; P. TAVERNIER, « Le Conseil constitutionnel peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 255-273.

constitutionnel⁸⁷. Cette évolution est loin de relever de l'évidence si l'on pense, comme Georges Vedel, qu'« à ses origines, le Conseil constitutionnel n'a pas été conçu comme une juridiction »⁸⁸.

Par l'adoption de son règlement intérieur du 4 février 2010, le Conseil constitutionnel français a entendu se soumettre aux standards de cette convention définissant les exigences du procès équitable. Réservé à la protection de l'impartialité du juge, l'article 4 de ce règlement intérieur prévoit le déport (2) et organise une procédure de récusation (1).

1. La mise en place d'une procédure de récusation

La récusation, procédure qui existe en matières civile, pénale et administrative, est un droit reconnu aux parties de demander qu'un juge dont elles mettent en cause l'impartialité, ne connaisse pas du procès dont il est saisi et soit remplacé par un autre juge. Les motifs de la récusation sont divers ; ils vont de l'alliance avec la partie adverse jusqu'à l'amitié ou l'inimitié notoire avec l'une des parties. Comme pour le déport, les membres du Conseil, qui pour la plupart ont été des ministres, des parlementaires, des membres du Conseil et même des présidents de la République, peuvent voir leur impartialité remise du fait de leurs fonctions antérieures outre les motifs de conflits d'intérêts⁸⁹.

Le processus de récusation d'un juge est déclenché par une partie ou de son représentant muni d'un mandat⁹⁰. En matière

⁸⁷ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/Espagne*, RFDC 1994, p. 175 ; 27 août 1991, *Demicoli c/Malte*, n° 13057/87 ; 16 septembre 1987, *Süssman c/Allemagne*, n° 20024/92 ; 12 juin 2001, *Trickovic c/Slovenie*, n° 39914/98. Lire G. COHEN-JONATHAN, « Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Ruiz-Mateos contre Espagne », RFDC 1994, p. 175-183.

⁸⁸ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 541 (p. 537-556).

⁸⁹ Voir D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs* (La question prioritaire de constitutionnalité), n° 137, 2011, p. 52.

⁹⁰ Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 février 2010, art. 4.

constitutionnelle, le mécanisme de récusation est en principe exclu lorsque la juridiction statue sur le contrôle a priori de constitutionnalité⁹¹. L'impartialité objective ou subjective d'un juge étant toujours présumée, le justiciable peut demander la récusation d'un membre du Conseil « par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces à la justifier et avant la date fixée pour la réception des premières observations »⁹². C'est seulement lorsque ces deux conditions sont réunies que la demande de récusation est transmise au membre du Conseil dont la récusation est demandée. Si le juge concerné conteste cette demande, le Conseil l'examine et délibère sans la présence de ce dernier.

Certains observateurs soulignent, à juste titre, la difficulté de la mise en œuvre de la faculté de récusation reconnue aux justiciables durant le « procès constitutionnel »⁹³. Comme devant les autres juridictions, il est imposé « à la partie récusante la preuve d'éléments objectifs de nature à légitimer le soupçon de partialité, alors qu'il n'existe aucune liste limitative des causes de récusation, ce qui ouvre la voie théorique à tous les doutes légitimes »⁹⁴. Afin de ne pas laisser se développer une pratique intempestive des demandes de récusation devant les juridictions nationales, la Cour européenne des droits de l'homme adopte, dans ses décisions⁹⁵, une « approche pragmatique et prudente de l'impartialité objective » des juges⁹⁶.

⁹¹ N. FRICERO et S. ANTIPOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/3-n° 40, p. 39.

⁹² Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 février 2010, art. 4.

⁹³ D. ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs* (La question prioritaire de constitutionnalité), n° 137, 2011, p. 47-55.

⁹⁴ N. FRICERO et S. ANTIPOLIS, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *op. cit.*, p. 44.

⁹⁵ CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/Pays-Bas*, n°39343/98 ; *AJDA*, 2003, p. 918 ; 22 juin 2004, *Pabla Ky c/Finlande*, n° 47221/99.

⁹⁶ Lire G. GONZALEZ, « Chaud et froid sur la compatibilité des fonctions consultatives et contentieuses avec l'exigence d'impartialité », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 365.

Moins problématique et déjà pratiqué au sein du Conseil constitutionnel le déport, qui fait l'objet d'une institutionnalisation récente, constitue une « garantie déontologique de l'impartialité »⁹⁷.

2. L'institutionnalisation de la pratique du déport

Le déport, il consiste pour le juge de s'abstenir de siéger « pour motif de conscience ou parce qu'il suppose en sa personne une cause de récusation »⁹⁸. Le déport est considéré comme « l'expression de la déontologie du juge »⁹⁹. Aux termes des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 février 2010, « Tout membre qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président ». Cette formalisation de la pratique du déport¹⁰⁰ résulte notamment de l'adoption d'un règlement spécifique au contrôle *a posteriori* dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

En France, bien que le serment d'impartialité soit inscrit dès le début dans l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (art. 3-2), les premiers exemples de déport des membres du Conseil constitutionnel ne datent que des années 1990. Sont notamment répertoriés, les cas de Messieurs Robert Badinter¹⁰¹ et Jean Mazeaud¹⁰² qui s'étaient abstenus de siéger pour préserver l'impartialité de l'institution. Et les cas de déports portent aussi sur le contentieux électoral¹⁰³ que sur le

⁹⁷ N. FRICERO et S. ANTIPOLIS, *idem*.

⁹⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 295.

⁹⁹ Voir N. FRICERO et S. ANTIPOLIS, article précité, p.40. A titre de droit comparé, voir F. JACQUELOT, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », in *Constitutions*, 2011, p. 347.

¹⁰⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-618 du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*.

¹⁰¹ P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 66, septembre 1993, p. 185.

¹⁰² *Ibid.*, n° 87, novembre 1998, p. 190.

¹⁰³ *Ibid.*, n° 77, avril 1996, p. 241.

contentieux *a priori*¹⁰⁴. Comme le souligne, Alexia David¹⁰⁵, hormis le cas du déport de M. Robert Badinter fondé sur un lien de parenté¹⁰⁶, le motif récurrent de ces déports se trouve dans la carrière politique passée des membres du Conseil constitutionnel. En effet, on y recense les cas de déports du fait d'anciennes fonctions ministérielles¹⁰⁷, parlementaires et présidentielles¹⁰⁸.

Cependant, bien qu'institutionnalisée par du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel du 4 février 2010, la pratique du déport mériterait d'être régie par un cadre juridique définissant avec plus de précisions la procédure y relative¹⁰⁹ aux fins de prévenir les problèmes d'organisation qui pourraient se poser. Il s'agit de veiller notamment au respect de la règle du quorum qui exige la présence de sept membres lors du délibéré¹¹⁰. Au Gabon, à part la consécration formelle de l'impartialité présumée du juge constitutionnel, le droit gabonais ne prévoit aucun mécanisme permettant de la garantir face aux justiciables.

B. L'absence de mécanismes de garantie du principe d'impartialité devant la Cour constitutionnelle gabonaise

S'il semble, en théorie, aisé de dénoncer la partialité d'un ou des membres de la Cour Constitutionnelle gabonaise, en considération de

¹⁰⁴ *Ibid.*, n° 87, novembre 1998, p. 190.

¹⁰⁵ A. DAVID, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux *a priori* à la QPC », *CRDF*, n°12, 2014, p.127.

¹⁰⁶ *Ibid.*, n° 66, septembre 1993, p. 185.

¹⁰⁷ P. AVRIL, J. GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, n° 134, septembre 2010, p. 163. A propos du cas de Pierre Joxe.

¹⁰⁸ *Ibid.*, n° 144, janvier 2013, p. 167. A propos du cas de Nicolas Sarkozy dans le cadre de l'examen du traité de discipline budgétaire négocié alors qu'il était chef de l'Etat.

¹⁰⁹ P. BON, « Récuser un membre du Conseil constitutionnel », *Dalloz*, 2010, p. 2007.

¹¹⁰ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 14.

son règlement de procédure¹¹¹ et de sa jurisprudence, la remise en cause de l'impartialité des membres de cette juridiction n'est pas admise devant son prétoire. L'élection présidentielle du 30 août 2009 a fait l'objet de nombreuses contestations trouvant, pour certaines d'entre elles, leur matérialisation juridique dans les recours portés devant la Cour constitutionnelle. A cette occasion, parmi les décisions rendues par cette dernière, l'une d'elles ne manque pas d'intérêt. Il s'agit de la décision n° 48/CC du 28 septembre 2009¹¹².

L'analyse de cette décision montre que par le rejet du motif tiré de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par les requérants, la Cour constitutionnelle affirme la non application de la procédure de récusation devant son prétoire (1). Par ailleurs, si cette décision révèle une diversité des règles de procédure applicables devant cette haute instance, elle laisse entière la question de la valeur juridique de la décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle dont l'article 24 prohibe la récusation (2).

¹¹¹ Décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour Constitutionnelle, Hebdo-informations, n° 536, 12 janvier 2007, p. 81.

¹¹² Sans doute, si la décision n° 48/CC du 28 septembre 2009 avait été rendue en une période autre que celle relative au contentieux électoral, elle aurait fait l'objet de peu de considération et se serait diluée parmi les nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle qui passent inaperçues. En l'espèce, des candidats à l'élection présidentielle du 30 août 2009 ont saisi la Cour constitutionnelle de recours en annulation de ladite élection. Mais, à côté de ces demandes au fond, certains requérants ont soulevé une exception d'inconstitutionnalité contre une disposition du règlement de procédure de la Cour constitutionnelle qui prohibe l'application de la règle de la récusation contre les membres de cette haute instance juridictionnelle. Il s'agit en l'occurrence de l'article 24 de la décision n°35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle qui dispose que « La récusation n'est pas admise devant la Cour constitutionnelle ».

1. La non application de la procédure de récusation devant la Cour constitutionnelle

Pour justifier le rejet de l'exception d'inconstitutionnalité relative à la récusation devant son prétoire, le juge constitutionnel argue de la conformité à la Constitution de son règlement de procédure. En l'espèce, le juge constitutionnel gabonais considère qu'il n'y a pas lieu à nouvel examen de la conformité de la décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle, en l'occurrence de l'article 5 de ce texte prohibant la récusation devant la juridiction constitutionnelle. La Cour affirme qu'elle « ne contrôle, par voie d'exception, la constitutionnalité d'un texte normatif que lorsque celui-ci ne lui a pas été soumis avant son entrée en vigueur ». Autrement dit, lorsqu'elle est saisie d'une exception d'inconstitutionnalité à propos d'un texte déjà promulgué, la Cour n'accepte de l'examiner qu'à la condition que ledit texte n'ait pas été antérieurement soumis à son contrôle.

A propos de son règlement de procédure, elle estime avoir procédé au contrôle de conformité dudit texte lors de son élaboration et de son adoption. C'est là une interprétation stricte de l'article 45 de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle¹¹³. En conséquence, se fondant sur le fait que le règlement de procédure contesté avait déjà fait l'objet d'un contrôle de conformité, la Cour conclut à l'irrecevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité.

Cependant, curieusement, alors que rien ne l'y forçait, le juge constitutionnel gabonais se livre par la suite à l'énumération d'une série de considérations sensées justifier la non admission de la récusation devant la Cour.

¹¹³ L'article 45 de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 dispose que : « La conformité à la Constitution d'une loi après sa promulgation, d'une ordonnance ou d'un acte réglementaire qui n'aurait pas été soumis à la Cour constitutionnelle et qui méconnaîtrait les droits fondamentaux de tout justiciable, peut être vérifiée par cette Cour, saisie à l'occasion d'un procès devant toute juridiction. // L'exception d'inconstitutionnalité doit, sous peine d'irrecevabilité, être soulevée dès l'ouverture des débats ».

Selon le juge constitutionnel gabonais, la prohibition de la récusation devant son prétoire résulte de certaines « spécificités qui font de la Cour constitutionnelle une juridiction dont le fonctionnement est différent de celui des juridictions de droit commun ». Au nombre de ces spécificités, ce dernier mentionne la compétence exclusive de la Cour pour le contrôle de la régularité des élections politiques (les élections présidentielles, parlementaires, des collectivités locales et les opérations de référendum), une formation unique de jugement composée de neuf juges, l'impossibilité de remplacer temporairement un membre de la Cour par un magistrat d'une autre juridiction et l'impossibilité de renvoi d'une affaire pendante devant la juridiction constitutionnelle vers une autre juridiction.

Cependant, ces arguments se heurtent à la règle du quorum instituée par l'article 23 du règlement de procédure de la Cour constitutionnelle qui dispose que « Pour délibérer valablement, la Cour constitutionnelle doit comprendre au moins six membres »¹¹⁴. En considération de la marge de manœuvre conférée à la Cour constitutionnelle dans son office, la spécificité de la juridiction constitutionnelle ne saurait, en réalité, être un obstacle définitif à la mise en place de la récusation. Il pourrait revenir à la juridiction constitutionnelle elle-même d'examiner et de rejeter les demandes de récusation fantaisistes ou non motivées.

Aussi, il n'est pas sans intérêt de rechercher le fondement juridique de cette prohibition concernant une procédure que d'autres juges constitutionnels, en Afrique, estiment pourtant fondée sur un principe à valeur constitutionnelle¹¹⁵. Ce qui amène à s'interroger sur la conformité à la Constitution des règles de procédure applicables devant la Cour et la valeur juridique du règlement de procédure de cette dernière.

¹¹⁴ Décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle, art. 23.

¹¹⁵ Cf. Cour constitutionnelle du Benin, décision n° 03-113 du 10 juillet 2003, *Omichessan Mounirou* ; Conseil constitutionnel du Maroc, décision n° 583/04 du 11 août 2004, *loi organique relative à la Haute Cour*.

2. Un doute persistant sur la conformité au règlement de procédure de la Cour constitutionnelle

Selon les termes de l'article 90 de la loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle, en matière électorale, les règles de procédure en vigueur devant cette juridiction sont celles prévues par ladite loi organique, et celles prévues par le Code électoral et le Code des juridictions administratives. Cet article établit une hiérarchie entre ces différentes règles. Ainsi, en toute logique, l'on peut relever la prééminence des dispositions de la loi organique de 1991, et partant celles du règlement de procédure contesté, et les caractères complémentaire et accessoire des règles de procédure du code électoral et du code des juridictions administratives.

La prééminence des règles de procédure de la loi organique sur la Cour constitutionnelle se traduit par l'obligation pour le juge constitutionnel à se référer d'abord à ces dernières. Elle induit a contrario la place résiduelle des règles de procédures civiles et administratives dans la procédure juridictionnelle constitutionnelle. Mais quelle est donc la valeur juridique de ce règlement de procédure de la Cour qui prescrit, de manière expresse, la non application de la procédure de récusation, laquelle procédure est largement admise et appliquée devant les juridictions civiles et administratives ? Il est admis que le juge constitutionnel est libre juridiquement de donner à ses décisions les fondements qu'il juge les plus pertinents. Mais encore faudrait-il que le fondement retenu jouisse d'un minimum d'intelligibilité et de pertinence. A la lecture de la décision n°48/CC du 28 septembre 2009, il apparaît que la Cour a emprunté, par économie de moyens, un raccourci lui permettant d'éviter d'aborder de front la question de la valeur juridique de son règlement qui pourtant, dans son article 65, rappelle sa « valeur législative »¹¹⁶.

Il ne serait pas de bon ton que la juridiction constitutionnelle donne l'impression de faire fi de la Constitution et de son contenu. Juge constitutionnel, il doit veiller à ce que le législateur tout en

¹¹⁶ Décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement de procédure de la Cour constitutionnelle, art. 65.

exprimant la volonté générale de la nation, ne le fasse que dans le respect de la Constitution. Cette exigence se pose avec acuité lorsqu'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité d'un texte interne élaboré et approuvé par la juridiction constitutionnelle elle-même.

L'article 112 de la loi n°9/91 du 26 septembre 1991 sur la Cour constitutionnelle dispose que « La Cour constitutionnelle complétera dans son règlement les dispositions de procédure édictées par la loi ». Les règlements se présentent sous forme de résolution adoptée par chaque chambre du Parlement et relèvent de ce que le droit administratif appelle les mesures d'ordre intérieur¹¹⁷. Le juge constitutionnel gabonais reconnaît aux règlements des assemblées une valeur constitutionnelle en estimant, par exemple, que « le fait pour le règlement de l'Assemblée nationale d'être soumis obligatoirement et avant son entrée en vigueur au contrôle de constitutionnalité confère audit règlement le caractère de texte à valeur constitutionnelle (...) »¹¹⁸.

Ce raisonnement qui traduit une extension démesurée du bloc de constitutionnalité à tous les textes ayant le même objet¹¹⁹ peut-il s'appliquer au règlement de procédure de la Cour constitutionnelle ? L'on est tenté de répondre par la négative dans la mesure où ledit règlement ne peut pas être considéré comme le prolongement direct de la Constitution. En effet, selon l'article 93, alinéa 2 « les règles d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle, ainsi que la procédure suivie devant elle, sont déterminées par une loi organique ». Au sujet de cette catégorie de lois, la Cour apporte les précisions suivantes : « la loi organique se situe à un niveau inférieur à

¹¹⁷ T. ONDO, *Le droit parlementaire gabonais*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 11-12 et 104-105.

¹¹⁸ Décision n° 175/CC du 11 octobre 2007, *Hebdo-informations*, n° 545, 24 novembre 2007, p. 213-214.

¹¹⁹ Constitution du 26 mars 1991, art.84.

celui de la Constitution »¹²⁰ ; « la loi, fût-elle organique, ne peut modifier les dispositions constitutionnelles »¹²¹.

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de s'interroger sur la conformité du règlement de procédure de la Cour constitutionnelle à la Constitution. Par conformité à la Constitution, il faut entendre non seulement la conformité aux dispositions de la Constitution, mais aussi la conformité au contenu des textes et normes de valeur constitutionnelle énumérés dans le préambule de la Constitution et qui composent, avec celle-ci, ce qu'il est convenu d'appeler le « bloc de constitutionnalité »¹²². Le préambule de la Constitution du 26 mars 1991 mentionne la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹²³ et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981¹²⁴ qui consacrent expressément le droit d'être entendu par un tribunal impartial. Il apparaît, essentiellement à la lumière de ces textes fondamentaux, qu'un principe de l'organisation juridictionnelle, à savoir celui de l'impartialité des juges, est ici doublement remis en cause sur la base d'un texte de second rang dont on peut d'ailleurs douter de la conformité à la Constitution.

*

* *

En l'absence d'un modèle idéal de juridiction constitutionnelle, les Etats s'efforcent d'élaborer des textes visant à favoriser l'émergence d'instances juridictionnelles sui generis qui présenteraient aux citoyens des garanties d'indépendance et d'impartialité. Si ces exigences, qui comptent au nombre de ceux qui s'attachent à celle plus globale du procès équitable, sont communément consacrées dans les

¹²⁰ Décision n° 9/CC du 14 mai 1992, *Hebdo-informations*, n° 254, 30 mai 1992, p. 74.

¹²¹ Décision n° 3/CC du 27 février 2004, *Hebdo-informations*, n° 484, 17 avril 2004, p. 62-65, p. 63.

¹²² Décision n° 1/CC du 28 février 1992, *Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle*, 1992, p. 7-11.

¹²³ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 10.

¹²⁴ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7.

textes constitutionnels français et gabonais, leur aménagement est diversement organisé et s'avère difficile à mettre en œuvre. Outre la sensible et persistante question de l'indépendance des membres des juridictions constitutionnelles, celle de l'impartialité desdits membres se pose en des termes différents selon que l'on est en France ou au Gabon. En France, suite à l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la procédure devant le Conseil constitutionnel s'est, avec l'introduction du mécanisme de récusation et la formalisation du dépôt, rapprochée des standards du procès équitable pleinement respectés devant les juridictions constitutionnelles des autres démocraties occidentales. Au Gabon, avec la prohibition de la récusation et l'absence de pratique du dépôt des juges aussi bien dans la loi organique sur la Cour constitutionnelle que dans son règlement de procédure, l'on observe le manque d'intérêt du législateur gabonais et de cette juridiction elle-même d'apparaître comme une instance soucieuse des garanties procédurales des justiciables.

Si en France, certains auteurs regrettent que les mécanismes de la récusation et du dépôt « résultent d'un pouvoir normatif d'auto-organisation du Conseil constitutionnel, et non de la loi organique elle-même »¹²⁵, au Gabon, la question de l'indépendance et de l'impartialité des membres de la Cour constitutionnelle, comme le témoigne l'actualité politique et judiciaire¹²⁶ locale, se pose avec acuité.

¹²⁵ F. JACQUELOT, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 347.

¹²⁶ E. N. NGANGO-YOUMPI, « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n° 2019/CC du 14 novembre 2018 : splendeur ou stupeur ? », *Politeia*, n° 34 (2018), p. 183-200.

**LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT : UN
OUTIL REGULATEUR A L'EPREUVE D'UNE GESTION
EQUILIBREE DE LA BIODIVERSITE MARINE**

**Dr Diakalia Siaka SIDIBE,
enseignant-chercheur à l'Université
des sciences juridiques et politiques de Bamako/Mali**

"Sur une planète dont les dimensions et les richesses sont finies, tout processus exponentiel ne peut qu'être éphémère. La croissance de la consommation est en réalité l'équivalent d'une drogue ; la première dose crée l'euphorie mais les suivantes mènent inévitablement à la catastrophe." Albert Jacquard, *Mon utopie*

Magnifiée et rejetée, vantée par les poètes pour sa beauté et exploitée à fond par les hommes mercantiles pour sa valeur économique, louée et détruite, la nature suscite décidément chez les hommes des sentiments contradictoires. Une seule vérité semble surgir de ce paradoxe : la nature qui était au début, ne sera sans doute pas à la fin². En effet, depuis le XIX^{ème} siècle, le développement industriel, la croissance économique se faisaient sans considération aucune de l'importance de la nature pour l'humanité. Cependant depuis quelques décennies, les questions écologiques se trouvent au cœur des préoccupations de la communauté internationale.

¹ Albert JACQUARD (1925-2013), *Mon utopie*, 2006.

² Diakalia Siaka SIDIBE, *La Protection juridique de la biodiversité au Mali : cas de la faune et de la flore*, Thèse doctorat, Université Gaston Berger de Saint Louis au Sénégal, 2018, p. 1.

Ainsi, la décennie 1960 est révélatrice et marque le point de départ de la prise de conscience de la dégradation de l'environnement y compris le milieu marin. D'ailleurs, la Communauté internationale avait saisi cette opportunité pour adopter des instruments juridiques à travers lesquelles elle a mis en exergue des mesures de protection et de prévention du milieu marin. Ces instruments juridiques internationaux forment ce que l'on appelle le droit international de la mer. Il s'agit de la branche du droit international de l'environnement relative à la protection de la mer et du milieu marin y compris la biodiversité.

La notion de diversité biologique est, en quelque sorte, déstabilisante par la difficulté que l'on peut rencontrer de prime abord à la définir de manière édifiante. Cette notion paraît être utilisée sous diverses acceptations. Dès lors, le flou entourant sa signification pourrait conduire au rejet du terme lui-même, perçu comme une notion fourre-tout sans utilité pratique³. En revanche, c'est surtout son caractère hétéroclite qui lui donne tout son intérêt. Tout en mettant l'accent sur sa diversité, la biodiversité apporte une conception globalisante de la nature au sens de la biosphère, y compris l'être humain. De par son caractère économique et environnemental, elle revêt d'une importance capitale pour les Etats. C'est donc un concept globalisant de par sa marque réticulaire, car elle rassemble toutes les espèces vivantes⁴. Nonobstant la réticence de certains Etats à s'engager dans la voie du renforcement de la sécurité maritime qui a pourtant d'évidentes répercussions sur la protection de l'environnement marin, des efforts ont été déployés et ont permis une réglementation.

Or, on le sait, négliger les océans, c'est négliger les deux tiers de notre terre ; détruire les océans revient à détruire notre planète. Ils couvrent 70 % de la surface du globe et contiennent 90 % des ressources de notre planète. De ce fait, ils représentent le plus

³ B. QUEFFELEC, *La diversité biologique : outil d'une recomposition du droit international de la nature, exemple marin* », thèse de doctorat en droit public, 12 avril 2006, Université de Bretagne Occidentale, Ecole doctorale des sciences de la mer, p. 14.

⁴ *Ibidem*.

important réservoir en biodiversité. Même si nos connaissances demeurent lacunaires, il existe un consensus global quant à la nécessité de préserver le milieu marin et ses habitants. Toutefois, le droit privilégie encore l'exploitation, souvent irrationnelle, de ses éléments. La convention des Nations unies sur le droit de la mer, la convention sur la diversité biologique et d'autres textes témoignent de cette tendance et révèlent toute la difficulté d'appréhender la spécificité du milieu marin, tant du point de vue physique que juridique. Dès lors, se pose **la question de savoir si le droit international de la mer peut-il concilier la préservation et l'exploitation des ressources marines ?** Malgré leurs insuffisances, les « forums internationaux⁵» ont tout de même le mérite de réunir une grande partie de la communauté internationale et favorisent la discussion entre les différents acteurs impliqués dans l'exploitation et la préservation de la biodiversité marine.

La mer et ses ressources forment un tout. **Leur protection et leur exploitation ne font-elles pas appel à une approche globale ou intégrée ? Faut-il ériger la biodiversité marine en sujet de droit afin de mieux la protéger ?** Les acteurs du droit international de l'environnement sont donc invités, dans le cadre de la réalisation du développement durable, à mettre en place un mécanisme efficace de préservation des ressources marines. Une telle démarche devrait s'opérer à travers, d'une part, un nécessaire équilibre entre la préservation de la biodiversité marine et son exploitation (I), et d'autre part, une indispensable politique de gestion intégrée (II).

I. Protéger et exploiter : une dichotomie à concilier en droit de la mer

Le terme protection vient du mot *latin protectio* (protection), et du verbe **protegere** (protéger). Il signifie la précaution qui consiste à prémunir une personne, un bien ou une chose contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité par des moyens juridiques ou

⁵ Il s'agit des sommets ou rencontres internationales de protection de la mer et du milieu marin.

matériels. Il désigne aussi bien l'action de protéger, que le système de protection établi : mesure, régime, dispositif. Le terme contient l'idée de la défense, la garantie, l'assurance, la prévention, la prévision. Ainsi par protection, il faut donc entendre le fait de protéger, de prendre soins, ou de conserver quelque chose. La protection est, en quelque sorte, synonyme de conservation. La conservation est un concept large qui n'a pas été défini par la convention sur la biodiversité, bien qu'elle en utilise l'expression. Elle sous-entend la possibilité d'utiliser, de gérer et de réguler des ressources biologiques⁶. La conservation vise donc au bon usage de la nature, contrairement à la préservation qui vise à éviter l'usage de la nature et de ses ressources. Pour réussir un véritable équilibre entre la protection des ressources marines et leur exploitation, il convient d'établir du point de vue de la réglementation internationale un équilibre entre l'homme et la nature, d'une part et entre intérêt économique et écologique, d'autre part.

A. Equilibre entre homme et nature

L'équilibre entre homme et nature en droit international de l'environnement en général n'est possible qu'en opérant une rupture avec l'anthropocentrisme du droit classique. Cela pourrait se faire en érigeant la nature en sujet de droit.

1. la rupture avec l'anthropocentrisme du droit classique

Cette phrase de Protagoras « l'homme est la mesure de toute chose » reflète la philosophie du droit classique hérité du droit romain, lequel est largement organisé à partir de la notion d'appropriation et centré sur l'homme comme seul sujet de droit⁷. Le droit a pour objet premier de régir les relations entre les hommes, pas

⁶ Le dictionnaire *Le Robert Illustré*, *op. cit.*, p. 428.

⁷ M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, EDICEF, Paris, 1996, p. 19.

entre l'homme et la nature. Son essence même est anthropocentrique⁸. Le droit n'est pas fait pour assurer la préservation de choses, et encore moins de relations écologiques, qui n'ont pas de valeur marchande et souvent pas même de propriétaire. Ainsi toute chose qui n'appartient pas directement à une personne ou n'est pas utile à l'homme ne mérite pas protection.

C'est malheureusement le drame que connaissent la nature et l'écosystème marin en particulier. En effet, les éléments qui constituent la nature ne font pas l'objet de catégories et de concepts juridiques autonomes distincts de ceux élaborés par le droit classique de sorte qu'ils ne trouvent protection qu'à travers un régime d'exploitation dans l'intérêt de l'homme. Il est donc évident que l'exploitation va toujours primer sur les besoins de la conservation ou de la préservation. Le droit international de la mer tel qu'élaboré à ce jour n'a pas encore eu l'audace de se démarquer de cette vision. Il se contente d'être un droit prudent parce que peu imaginatif et insuffisant parce que trop classique⁹. Pour se convaincre de cette réalité, il suffit, dans le cadre de l'environnement marin, de se référer à la convention sur le droit de la mer¹⁰ et à celle sur la diversité biologique¹¹.

Dans le cas de la convention sur le droit de la mer, alors que l'unité de la mer demandait une protection globale, les Etats pour les besoins de son appropriation et son exploitation l'ont morcelée en zones d'influence et abandonnée la haute mer au « pillage ». Il faut noter en effet, que la vérité sur ce partage est que chacun voulait avoir accès au plus de ressources possibles compte tenu du contexte de course

⁸ Cyrille DE KLEMM, « La conservation de la diversité biologique, obligations et devoirs des citoyens », *Revue Juridique de l'Environnement* 1989/4, p. 397-408.

⁹ JAMO MAYDA, « Droit et écogestion », in *L'impact de l'environnement, revue internationale des sciences sociales*, UNESCO, Revue, n° 109, 1986, p. 423.

¹⁰ La convention de Montego Bay de 1985 sur le droit de la mer.

¹¹ La convention de juin 1992 adoptée à Rio de Janeiro (Brésil) la conservation de la diversité biologique.

effrénée pour les ressources marines. La question de la protection de l'écosystème marin a été abordée comme une question secondaire.

La convention sur la diversité biologique adoptée dix ans plus tard, n'échappe pas non plus à cette vision classique du droit. Comme le disent certaines critiques, il s'agit plutôt d'un accord de libre-échange que d'un accord de protection de la biodiversité. Dans ce cas, vu la situation géographique des ressources génétiques, les Etats n'ont pas pu procéder à un morcellement physique, ils se sont quand même satisfait d'un partage des droits. Les uns ont ainsi récolté un droit de « possession » et les autres, un droit d'exploitation exclusif.

On comprend par ce développement que si le droit international de l'environnement ne veut pas demeurer inapte à une appréhension juridique des phénomènes environnementaux et manquer sa mission de protection, il devra opérer une rupture radicale avec le droit classique en érigeant la nature ou plus précisément ses éléments en sujet de droit.

2. La nature, sujet de droit : un défi à relever !

La diversité biologique et ses composants, ce que l'on appelle souvent la nature, restent aujourd'hui des objets de droit, assortis de régimes juridiques très divers. Pourtant, de nombreuses lois et décisions de justice les dotent de qualités ou de régimes qui sont généralement réservés aux sujets de droit, introduisant un doute et l'on peut parler, *a minima*, de situations hybrides.

À la fin des années 1960, la société Walt Disney projeta d'installer une station de sports d'hiver dans une vallée de la Californie, célèbre pour ses séquoias. L'association de protection de la nature, le Sierra Club, s'y opposa, mais la Cour rejeta la demande en avançant l'impossibilité d'arguer d'un préjudice personnel dans le cas de la nature. Dès l'ouverture du procès, le juriste Christopher Stone proposa, dans un article fondateur, d'accorder des droits aux arbres et « à l'environnement naturel dans son ensemble ». Par ce texte il contribua à une prise de conscience éthique. Cinquante ans plus tard, en 2017, le Parlement néo-zélandais accorde le statut de personne juridique au fleuve Wanganui, et quelques jours plus tard, en Inde, la Haute cour de l'Etat himalayen décrète que les fleuves Gange et

Yamuna seront désormais des entités vivantes ayant le statut de personne morale.

Il y a lieu de s'interroger si l'on peut vraiment revendiquer le droit pour un arbre, pour un animal de plaider ou pour un fleuve d'exister comme personne juridique et morale ? Eriger la nature en sujet de droit est un pari audacieux que le droit international de l'environnement en général devrait prendre. En effet, cette question n'est pas nouvelle et au-delà des problèmes qu'elle soulève du point de vue de la technique juridique pure, elle pose surtout un problème d'éthique. Certes, le droit est à l'origine conçu pour le bien être de l'homme en société, érigé la nature ou les éléments naturels en sujet de droit, c'est non seulement détourné le droit de sa finalité première mais consacré l'égalité entre l'homme et la nature, de sorte que l'on pourrait évoluer vers un droit de la nature sur l'homme, qui, aux yeux de certains, mettrait mal à l'aise l'homme dans son désir d'évolution.

En France dans la décennie 1988, Marie-Angèle Hermitte procédait à une « réflexion de technique législative ¹²» où elle suggérait de faire de la nature, plus précisément de zones biologiques, un sujet de droit. De telles propositions n'ont pas manqué de susciter la controverse tant dans les milieux juridiques que philosophiques. De nombreuses interrogations ont été faites. Ainsi, n'est-il pas en principe admis que seul l'être humain possède les attributs permettant d'être un sujet de droit ? Or, étendre ce privilège à d'autres entités ne risque-t-il pas, par le jeu des rapports conflictuels susceptibles de se produire entre titulaires de natures différentes, d'affaiblir la protection déjà parfois insuffisante accordée aux droits des humains ? Lors d'un conflit entre le droit d'une espèce biologique et celui d'un individu, lequel de ces titulaires de droits et en fonction de quels critères faudra-t-il en effet privilégier ? L'environnement ou l'être humain ? En revanche, laisser la nature à la merci de l'homme, le laisser continuer le gaspillage des

¹² Marie-Angèle HERMITTE (1988), « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », dans B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*. Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 238–284.

ressources au nom de son désir d'évolution, n'est-il pas mettre fin à son évolution ?

C'est tout le dilemme devant lequel se trouve le droit international. En réalité, une personne morale est perçue une entité juridique abstraite ayant une capacité juridique à la différence d'une personne physique qui est un être humain. La biodiversité, ou l'ensemble des composants de la nature doivent bénéficier de cette abstraction au même titre que les groupements ou organisations. La solution d'ériger la nature en sujet de droit, est sans doute une solution extrême pour ces auteurs. Cependant elle nous paraît la plus judicieuse, si elle est correctement cernée du point de vue de la science juridique. En effet, il ne s'agira pas dans cette entreprise de créer une nature toute puissante, un totalitarisme ou un intégrisme écologique comme cela se dit souvent mais il s'agira d'assurer une protection suffisante de la nature pour qu'elle puisse garantir son rôle économique et culturel. En pratique, cette entreprise consiste, à conférer à la nature un certain nombre de droits que l'homme possède. D'ailleurs, ce n'est pas la première fois que le droit le fait. Les personnes morales existent bel et bien en droit mais elles ne sont pas pour autant des hommes¹³. La notion de personnalité morale est une construction juridique permettant à tout groupement animé d'un intérêt propre d'être traité comme titulaire d'un patrimoine géré selon une organisation déterminée. La personnalité juridique permet à la personne morale d'avoir des droits et des obligations. Autrement dit, la personne morale ne devient « sujet de droit » qu'à partir du moment où elle obtient cette personnalité, c'est-à-dire, en pratique, après avoir effectué les formalités propres à chaque type de personne morale.

Une telle évolution du droit contribuerait à une meilleure protection de la nature car désormais, les éléments naturels seraient protégés non pas parce qu'ils peuvent être exploitables dans l'intérêt

¹³ La création d'une personne morale suppose deux conditions réunies : une réunion de personnes et la poursuite d'un intérêt commun. En général, plusieurs personnes doivent se réunir pour qu'existe une personne morale. Néanmoins il existe des personnes morales unipersonnelles autorisées par la loi. Lorsqu'elle remplit toutes les conditions formellement exigées par la loi, la personne morale est titulaire de la « personnalité juridique ».

de l'homme mais parce qu'ils sont eux-mêmes. C'est d'ailleurs cette même vision qu'avait l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) à propos de la diversité biologique dans son projet de convention internationale sur la protection de la diversité biologique auquel participaient vingt-cinq pays, l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), le programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) et la Communauté économique européenne (CEE). L'article 2 de ce projet dispose « les États reconnaissent que la diversité biologique constitue un patrimoine qui doit être conservé pour les générations présentes et futures, aussi bien que sur le fondement de son propre droit ».¹⁴

Par ailleurs, c'est ce fondement de propre droit qui a guidé le raisonnement du juge américain toujours à propos de la diversité biologique dans l'affaire de la Tennessee Valley Authority (TVA). Il s'agissait, dans cette affaire, d'un grand barrage en cours de construction qui mettait en danger la survie d'une variété très particulière de perche, qui avait été inscrite sur la liste des espèces protégées. La TVA contesta ce classement au motif que la loi sur les espèces en danger serait uniquement destinée à protéger les espèces qui ont une place à part dans l'imagerie populaire comme l'aigle ou la baleine. La Cour suprême a réfuté cet argument et arrêté la construction du barrage parce que « la valeur du patrimoine génétique est à la lettre incalculable... Il est dans l'intérêt de l'humanité de limiter les pertes génétiques. La raison en est simple : ce sont les clés d'énigmes que nous sommes incapables de résoudre et elles peuvent fournir des réponses aux questions que nous n'avons pas appris à poser »¹⁵.

Marie-Angèle Hermitte est totalement de cet avis quand elle préconise un statut juridique de la diversité biologique¹⁶. Pour elle, il

¹⁴ Marie-Angèle HERMITTE, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *Revue Française d'Administration Publique*, janvier-mars 1990, n° 53, p. 33- 40.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Idem.*

faut que la diversité biologique soit un sujet de droit pour une meilleure protection car ainsi un milieu aurait donc le droit de conserver ses caractéristiques. Concrètement, un milieu naturel peut-il exercer ses droits ? Évidemment, la réponse est non. Comment assurera-t-il sa protection dans ce cas ? On comprend ainsi que si le droit s'engageait sur cette voie, c'est le premier obstacle qu'il devrait franchir. A ce propos, on pourrait envisager une première solution qui confierait à l'État en tant que premier responsable, le droit d'exercer les droits de ce milieu naturel sous le contrôle de la société civile et des citoyens. Ceux-ci détiendraient le pouvoir véritable d'engager une action en justice si l'État manquait à ses obligations.

Quant à la seconde solution, elle consisterait à désigner un gérant¹⁷ qui exercera tous les droits du milieu naturel en question. Cette dernière est la plus appropriée dans un contexte international. Par ailleurs, le fait de considérer la nature comme sujet de droit dans un contexte international, permettra de réaliser pleinement le concept de patrimoine commun de l'humanité car si désormais un élément naturel comme un lac international est à cheval sur plusieurs pays, le fait de le considérer comme un sujet de droit international enlèverait le droit à un pays de le polluer impunément à l'intérieur de ses frontières.

Dans le domaine de la mer, une telle révolution du droit de l'environnement serait salutaire vu l'unité écologique de la mer qui pourrait être considérée comme un écosystème unique à protéger. On se retournerait donc vers l'option de protection globale et intégrée réfutée par les États lors des négociations sur la convention du droit de la mer au nom de l'exploitation des ressources. Il faut préciser, en effet, qu'une internationalisation des ressources avait au préalable été imaginée. Elle consistait à confier à une organisation internationale le soin de réglementer la pêche dans toutes les mers du globe. Cette idée, soumise par la commission de droit international lors de la préparation de la première conférence sur le droit de la mer, n'a pas connu de succès.

¹⁷ Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*, p. 36.

Pour finir sur ce point, il ne faut pas perdre de vue que le droit de l'environnement contrairement au droit classique est un droit humain et un droit de la nature. C'est donc sur l'équilibre entre l'homme et la nature qu'il doit être construit au risque de produire l'effet contraire. Le droit de la mer doit aussi assurer l'équilibre entre l'intérêt économique et l'intérêt écologique.

B. Un équilibre entre intérêt économique et intérêt écologique

L'économie et l'environnement entretiennent une relation ambiguë et difficile. Ils paraissent opposer mais sont interdépendants. C'est d'ailleurs pourquoi, depuis quelques années¹⁸, est né le concept de développement durable qu'il convient de traduire en réalité juridique pour réussir leur conciliation.

1. L'interdépendance entre l'économie et l'écologie

Les préoccupations écologiques ont pris corps dans un environnement dominé par les préoccupations de croissance économique, d'économie de marché et de course au développement économique. Or, le développement économique rime avec l'industrialisation et le commerce qui ne sont pas possibles sans un minimum de pollution et d'exploitation des ressources naturelles. Dans ce contexte, il est vite apparu que pour protéger l'environnement, il faut limiter la pression du développement économique sur les ressources naturelles. C'est pourquoi, certains pensent qu'ils sont deux intérêts antagonistes non conciliables jusqu'à un certain point¹⁹. On a ainsi, assisté souvent à des bras de fer entre les associations écologiques et des Etats associés aux industriels. En réalité, cette opposition n'est qu'apparente si on creuse davantage la question.

¹⁸ Le concept de développement durable est apparu dans les années 1980 avec la publication du rapport de Brundtland en 1987.

¹⁹ C'était la position des Etats du sud « Etats en voie de développement » au début des années 1980 d'où la mise en place de la commission mondiale pour l'environnement et le développement.

En effet, d'un côté, on sait que les ressources naturelles sont les matières premières pour les industries (le thon pour les thoniers), des ressources financières pour les acteurs du secteur (les ports de pêche, les armateurs, les pêcheurs etc.) et des ressources pour la satisfaction des différents besoins de l'homme, que ce besoin soit déjà identifié ou encore une énigme pour la science. C'est dire que compromettre l'utilisation durable des ressources naturelles, c'est en bout de chaîne condamner l'homme à une disparition certaine. On ne peut pas raisonnablement soutenir ce choix. L'écologie entend veiller à ce que cela ne se produise pas, parce que les acteurs, les Etats ou en général l'homme, ne se soucient que des retombées économiques. Cette conception est opposée à l'intérêt économique. En fait, il s'agit de la même question économique abordée non sous sa dimension productiviste mais sous sa dimension de survie de l'espèce humaine.

D'un autre côté, nul n'ignore que pour une meilleure protection de l'environnement, il faut des ressources financières car d'une part, la pauvreté entraîne la surexploitation des ressources naturelles et d'autre part, l'internalisation des coûts écologiques dans l'économie, plus particulièrement dans les modes de production, requiert des dépenses supplémentaires pour les entreprises et pour les Etats. Dans le domaine de l'exploitation des ressources marines par exemple, la plupart des communautés de pêcheurs dans les pays en développement n'ont que la mer comme source de revenu et de nourriture. Il est difficile de leur demander de veiller à la protection de la biodiversité en réduisant leurs prises. Quant aux Etats, il leur est difficile d'imposer des mesures environnementales en fonction des standards internationaux au risque de décourager les investisseurs. Le problème se résume ainsi comme suit : si l'environnement n'est pas protégé, le développement économique et, par ricochet, la survie de l'homme seront compromis. Sans développement économique, il ne sera pas possible de protéger l'environnement²⁰.

²⁰ G. MARTIN, « Le droit de l'environnement de la responsabilité pour fait de pollution au droit de l'environnement », *Publications périodiques spécialisées*, 1978, p. 128 et s.

A notre avis, c'est un faux débat que d'opposer écologie à l'économie car elles sont interdépendantes. C'est sans doute ce qu'ont compris les acteurs de la communauté internationale qui se sont engagés dans la voie pour établir un équilibre entre ces deux données qui constituent les deux pôles d'intérêts majeurs de ce XXI^{ème} siècle. On a eu ainsi dans l'ordre chronologique plusieurs forums internationaux dont les plus remarquables sont la conférence de Stockholm sur l'environnement de 1972 et la conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 où a été adoptée l'action ou « agenda 21 ». L'agenda 21 consacre son chapitre 17 à la « Protection des océans et de toutes les mers y compris les mers fermées et semi fermées et des zones côtières et protection, utilisation rationnelle et mise en valeur de leurs ressources biologiques dans l'environnement marin ». Enfin, la conférence sur le développement durable tenue en 2002 à Johannesburg en Afrique du Sud. C'est justement lors de ce sommet qu'a été débattue largement la notion de développement durable, un concept formulé dès 1980 et popularisé par le rapport Brundtland en 1987.

Il faut, toutefois, noter que nonobstant cette intense activité diplomatique à la faveur de l'environnement, la notion de développement durable qui est le point de convergence entre l'intérêt économique et l'intérêt écologique reste flou du point de vue droit de la réglementation internationale. Il est donc nécessaire de lui donner une définition juridique claire afin de le traduire en réalité juridique pour l'équilibre entre les intérêts économiques et écologiques.

2. Le développement durable, un concept à traduire en réalité juridique

Le développement durable est une notion polysémique. Selon un auteur, il a plusieurs centaines de définitions²¹. La définition communément acceptée est celle de la commission Brundtland qui entend par « développement durable, celui susceptible de satisfaire les besoins des générations présentes sans compromettre ceux des

²¹ L. Bouthier, « Les forêts : riche champ d'application du développement durable », rapport au colloque de Limoges des 7 et 8 novembre 1994 sur les forêts.

générations futures ». Même si cette définition a le mérite d'être claire et accessible, son appréhension du point de vue juridique n'est pas aisée comme le fait remarquer Maurice Kamto²². En ce qui nous concerne, il s'agit moins de lui trouver une définition que de déterminer ses implications dans l'ordre juridique international. A ce propos, il faut remarquer que jusque-là, elle est ineffective car au regard des rapports de forces entre les Etats, la réglementation internationale demeure en faveur de la croissance et du développement économique. Lorsqu'une règle internationale accorde de l'importance à l'environnement, ce n'est que de manière exceptionnelle, alors que le principe du développement durable est l'équilibre entre l'environnement et l'économie. Cet équilibre pourra être établi en intégrant les préoccupations environnementales dans les politiques économiques. Il s'agirait concrètement dans le cadre de la politique commerciale internationale de prendre en compte la dimension écologique au lieu de le voir comme une limite au principe de libre échange.

C'est dire que la politique internationale de libre échange devrait opérer sa mue tant souhaitée par les environmentalistes. Certes, dans le préambule de l'accord instituant l'OMC, les parties reconnaissent que leurs activités économiques devraient être menées « conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement ». De même, le préambule de l'accord sur les obstacles techniques reconnaît aux pays membres le droit de prendre des mesures nécessaires à la protection de l'environnement. Cependant, ces mesures ne doivent ni constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce international. En évaluant bien le pour et le contre, on arrive à la conclusion que la balance entre l'environnement et le commerce penche plutôt du côté du commerce. Ce qui achève de nous convaincre de cette réalité sont les procédures de règlement de conflit qui favorisent le commerce international.

²² M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, EDICEF, Paris, 1996, p. 55.

C'est pourquoi, nous pensons, que l'équilibre entre le commerce et l'environnement pourrait se faire par exemple, à travers la révision de l'article XX pour faire directement référence à l'environnement car dans sa forme actuelle, elle donne lieu à des interprétations défavorables à l'environnement.

Particulièrement en ce qui concerne le commerce des produits de mer, les Etats devraient avoir le droit d'utiliser les mesures commerciales pour assurer la conservation des ressources marines sans qu'on puisse leur prêter des intentions protectionnistes. Dans cette perspective, une mesure comme l'interdiction de l'importation des ressources marines pêchées au mépris des impératifs de la conservation devrait être encouragée. Ce genre de mesures disciplinerait les Etats qui obligeraient à leur tour les pêcheurs à observer les mesures de protection de l'environnement marin. La préservation des ressources marines serait alors une réalité vis à vis du profit économique. On pourrait arriver alors à un équilibre entre l'intérêt économique et l'intérêt écologique.

Parallèlement à cet équilibre à établir, une politique de gestion intégrée est aussi nécessaire pour la préservation des ressources marines et la préservation de l'environnement marin.

II. Une réglementation marine au prisme d'une gestion intégrée

Le milieu marin est, contrairement aux frontières politiques et artificielles fixées par les Etats, un tout indivisible. Sa protection nécessite donc un consensus international bien établi. Le professeur Alexandre Kiss est de cet avis quand il écrit : « si l'environnement est indivisible, cela est particulièrement vrai pour le milieu marin pour des raisons évidentes : la pollution de la mer ne peut être combattue utilement qu'au plan international ».²³

²³ Alexandre KISS, « La protection de la mer dans la convention des Nations unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982 », in *Droit de l'environnement marin, Développements récents*, actes du colloque organisé, les 26 et 27 novembre 1987 à la Faculté de droit et des sciences économiques de Brest par le Centre de droit et d'économie de la mer et la section grand-ouest de la

Les Etats sont du même avis ; ils l'ont affirmé dans le préambule de la convention sur le droit de la mer (CMB) en ces termes : les problèmes des espaces marins sont étroitement liés entre eux et doivent être envisagés dans leur ensemble²⁴. Mais jusqu'à présent, on remarque une hésitation à le traduire en réalité à travers un cadre juridique approprié. Le problème se pose, en effet, en termes d'opposition d'intérêt. Pendant que les pays développés font la course aux ressources marines, les pays en développement craignent une appropriation de leurs ressources marines par les pays développés à travers le concept « effrayant » de patrimoine commun de l'humanité. La protection des ressources marines se trouve donc compromise dans un tel climat comme le montre la chute de la biodiversité. Il convient par conséquent de dépasser ces antagonismes et d'œuvrer pour l'établissement d'une politique de gestion intégrée des ressources marines à travers le renforcement de l'approche globale d'une part et l'adoption d'une orientation nouvelle dans la réglementation fondée sur l'approche de précaution et l'approche écosystémique.

A. Le renforcement de l'approche globale de protection

Le renforcement de l'approche globale peut se faire à travers le renforcement de la coopération internationale et l'adoption d'un régime de responsabilité globale. Il doit se faire au niveau de la coopération technique et financière d'une part, et au niveau institutionnel d'autre part.

1. Le renforcement de la coopération technique, financière et institutionnelle

La coopération en soi est un chantier où les parties en principe travaillent dans un intérêt commun. Il existe des cas, en tenant compte aujourd'hui du niveau de développement, dans lesquels la coopération est une opération d'assistance. C'est aussi une opération

Société française pour le droit de l'environnement, Collection droit et économie de l'environnement, éditions Economica, Paris, 1988, p. 13.

²⁴ Al. 3 du préambule de la convention des Nations unies sur le droit de la mer.

d'accompagnement et de soutien, une action indispensable devant la faillite économique de beaucoup d'Etats dans l'hémisphère Sud du fait de la conjoncture économique. La coopération est devenue ainsi un moyen indispensable dans le cadre de la protection et de la conservation de l'environnement, plus particulièrement en milieu marin qui fait face à plusieurs menaces. La coopération en matière d'environnement n'est pas encore aisée suite à l'absence de l'homogénéité des structures économiques dans les différentes régions du monde.

- Un renforcement de la coopération technique et financière

La protection de l'environnement marin nécessite des moyens financiers énormes. Tout d'abord, il faut noter que certaines populations n'ont que des ressources marines comme seules moyen de subsistance. S'il faut leur imposer des limites dans l'exploitation, il est indiqué de leur donner des compensations. Il revient donc à l'Etat de disposer des moyens financiers pour intervenir dans ce sens. Des moyens financiers sont aussi nécessaires pour la surveillance des zones sous juridiction étatique car les différentes opérations font appel à une technologie avancée. Il n'est un secret pour personne que les pays en développement ne disposent pas de tels moyens. Il est donc nécessaire que les mécanismes de financement et de transfert de technologies du nord vers le sud soient effectifs.

Les institutions comme le Fonds mondial pour l'environnement, les institutions financières, les partenaires bilatéraux, les organisations non gouvernementales devraient intensifier leurs efforts. C'est d'ailleurs ce qui a été affirmé dans la déclaration de Johannesburg en 2002 en ces termes : « Mettre en œuvre le programme de travail découlant du mandat de Jakarta sur la conservation et l'utilisation durables de la diversité biologique marine et côtière de la convention sur la diversité biologique, y compris en mobilisant d'urgence des ressources financières et une assistance technologique et en développant les capacités humaines et institutionnelles, en particulier dans les pays en développement ».

Cela pourrait se faire à travers la généralisation des mécanismes de réduction de la dette commerciale appelée dette contre nature. De

nombreux exemples témoignent de l'importance des fonds générés à travers ce mécanisme en faveur de l'environnement marin. L'exemple des Philippines est édifiant à ce propos. En effet, entre 1988 et 1993, World Wildlife Fund²⁵ (WWF) a négocié quatre mécanismes de dette contre nature pour la Philippines qui ont engendré 23,7 millions de dollars américains au bénéfice de la conservation. La majeure partie des projets financés avait pour objectif la conservation de la biodiversité marine.

En pratique, le WWF a acheté avec l'argent fourni par l'Agence américaine de développement. La plupart du temps les banques commerciales ne reçoivent rien de la dette que les banques commerciales internationales détenaient sur le gouvernement philippin d'une valeur de 17 à 19 millions de dollars américains. En échange de l'annulation de cette dette par le WWF, le gouvernement philippin a alloué l'équivalent de 17 millions en monnaie locale à la fondation philippine pour l'environnement. Elle l'a distribué, à son tour, sous forme de donations aux ONG et aux communautés locales. La banque de Tokyo a aussi fait don de ses dettes pour qu'elles soient utilisées pour générer des fonds pour le fonds philippin pour l'environnement²⁶.

Dans le même ordre d'idée, à travers son programme de réduction de la dette, le gouvernement américain a adopté des lois pour la réduction de la dette de sept pays d'Amérique du sud à travers le mécanisme de dette contre nature. Par exemple, la loi sur la protection des récifs coralliens²⁷ prévoit une réduction de la dette au profit de la

²⁵ Le WWF ou Fonds mondial pour la nature est une organisation non gouvernementale internationale créée à Morges (Suisse) le 29 avril 1961, vouée à la protection de l'environnement et du développement durable. Son domaine d'activité est la protection de l'environnement, la conservation de la nature. Son siège social se trouve en Gland en Suisse.

²⁶ Barry SPERGEL and Melissa MOYE, 2004, Washington D.C: WWF, Center for Conservation Finance p. 16.

²⁷ Les récifs coralliens abritent près d'un quart des poissons et des crustacés de notre planète. Mais ces récifs très fragiles sont menacés par la pollution et la navigation. Face à l'importance de cette menace, le gouvernement américain vient d'annoncer plusieurs mesures de protection des coraux.

protection de la biodiversité marine pour les Etats dans les zones tropicales. Cette affirmation du représentant du gouvernement américain Mark Kirk est significatif à ce propos « même si les récifs coralliens occupent une petite partie des fonds marins, ils abritent le quart des espèces de plantes et animales connues. Mais les récifs sont assiégés et les pays en développement endettés ont peu de ressources pour leur protection. Ce projet de loi est un moyen pour leur fournir des ressources »²⁸.

Ce modèle de coopération doit aussi s'exprimer au niveau des institutions.

- L'affermissement institutionnel au plan international

Pour la mise en œuvre des conventions de protection du milieu marin, la communauté internationale a besoin d'institutions adaptées et fortes. On compte plusieurs institutions mais il existe plusieurs problèmes non résolus qui minent leur bon fonctionnement.

Au niveau de la coopération régionale, la coopération pourrait être effective si certaines lacunes étaient corrigées. Tout d'abord, les institutions des pêches devraient élargir leurs mandats à la protection de toutes les espèces marines et à la conservation des ressources de la haute mer. Elles devraient aussi se doter de pouvoirs réglementaires car les Etats gagneraient à mettre ensemble leurs forces pour combattre des fléaux comme la pêche illégale. Du point de vue financier, elles devraient avoir une autonomie financière pour éviter les problèmes de cotisation des Etats qui se posent souvent. Cela serait possible si les Etats se mettent d'accord pour instituer une taxe à la

Environ 10 % des coraux existants sur les côtes américaines seront répertoriés. Des zones protégées dans lesquelles les bateaux n'auront pas le droit de jeter l'ancre, seront créées. Car les ancres des gros navires causent des dégâts considérables. Le gouvernement américain a également confirmé la création d'une réserve naturelle dans les Keys, en Floride, un État du sud est des USA, et il s'est engagé à financer des recherches scientifiques pour mieux évaluer les effets des changements de climat sur le corail. Ces mesures sont importantes, car elles montrent que des États agissent enfin pour préserver les océans.

²⁸ *Id.*, p. 18.

conservation directement prélevée sur les activités en relation avec la pêche et versée à l'ORP. Ce modèle de fonctionnement pourrait aussi s'appliquer aux institutions régionales sur les mers régionales créées par le PNUE dans le cadre de la lutte contre la pollution des activités *offshore* et la diversité biologique car un seul Etat ne peut pas valablement s'imposer aux multinationales.

Au-delà du renforcement des capacités des organisations régionales qui favorisent leur cohésion interne, il convient aussi de renforcer la cohésion entre les différentes institutions qui s'occupent de la conservation et de la préservation. En effet, la division du milieu marin en plusieurs zones et l'approche sectorielle adoptée par la communauté internationale dans la réglementation ne facilite pas la tâche des institutions.

Il n'existe pas à ce jour une institution permanente chargée de la coordination des activités de toutes les institutions or, tous les problèmes du milieu marin sont étroitement liés, vue son unité. Chacun tente tant bien que mal de son côté d'apporter une solution valable aux problèmes que connaît le milieu marin et cela se solde bien souvent par un échec. C'est pourquoi il convient de créer une cohésion et une coordination suffisante entre les différentes institutions au plan universel en créant une institution globale qui jouera ce rôle. Cette institution pourrait être la forme améliorée du cadre informel des nations sur le droit de la mer créé en 2000.

Elle pourrait ainsi servir de cadre global et permanent pour aborder les problèmes que connaît l'environnement marin (les pollutions, la chute de la biodiversité etc.). Elle pourrait servir aussi de cadre pour l'harmonisation de la réglementation internationale, vu la multiplicité des institutions et la diversité de leurs fonctions. En effet, étant donné que la pêche, l'exploitation des ressources minérales, génétiques sont des problèmes économiques et environnementaux, il faut songer à l'harmonisation entre les mesures prises par les organisations économiques et commerciales universelles ou régionales avec celles adoptées par les institutions environnementales pour éviter les éventuelles frictions.

On devrait faire de même entre les organisations régionales et sous régionales de pêches qui sont autonomes les uns des autres et entre

celles-ci et les organisations de protection des mers régionales créées par le PNUE. A ce propos, l'exemple de la commission pour la protection du milieu marin de la Baltique (commission d'Helsinki, Helcom) et de la commission pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (OSPAR) est édifiant. En effet, lors de leur première réunion ministérielle conjointe, tenue du 25 au 26 juin 2003 à Brême, elles ont adopté une déclaration conjointe dans la perspective commune d'une approche écosystémique en matière de gestion des activités de l'homme et l'impact sur le milieu marin dans leurs zones maritimes.

L'établissement d'une telle cohésion permettrait aux organisations régionales de couvrir toutes les parties des océans sans laisser de zones non protégées. Le problème de l'exploitation de la haute mer serait ainsi résolu étant entendu qu'en vertu de leur pouvoir de gestion de stocks migrateurs et chevauchant, elles ont chacune une autorité sur la haute mer dépendant de leur zone. Cette cohésion est d'autant plus importante que les institutions régionales sont aujourd'hui considérées comme le cadre approprié pour aborder les problèmes qui minent l'environnement marin. L'accord des Nations unies sur les stocks de poissons de 1995 confirme cette tendance et confie aux organisations régionales la mise en œuvre des mesures prescrites.

Cette régionalisation de la conservation et de la préservation aura besoin de s'appuyer sur un régime de responsabilité adéquat et global.

2. l'adoption d'un régime de responsabilité globale

Dans le cadre de la protection du milieu marin, il existe un régime de responsabilité internationale des personnes privées en cas de pollution marine, mais un tel régime est inexistant dans le cadre des dommages causés à l'écosystème et aux espèces marines. Il convient donc de le créer pour rendre efficace l'action des organisations régionales. Il pourrait prendre la forme d'une convention en application de la CDM, tout comme l'ANUP et pourrait s'articuler autour de la responsabilité des navires. Il s'agira d'une responsabilité

de type pénale car une responsabilité civile serait presque impossible à mettre en œuvre.

Ce serait le meilleur moyen de palier à la mauvaise foi des Etats de pavillon et de régler le problème des bateaux dépavillonnés qui se livrent à la pêche illégale. Il pourrait être calqué sur le modèle des infractions internationales comme la piraterie en haute mer et l'émission radio non autorisée. Pour cela, il faut clarifier les comportements répréhensibles, c'est-à-dire les fautes susceptibles d'entraîner une sanction. Ensuite, prévoir les mécanismes de constatation de la faute et enfin les sanctions applicables.

Au niveau de la faute, elle pourrait consister dans des manquements graves aux règles de conservations prévus dans les différentes conventions et codes de conduite. A titre d'exemple, on peut citer la pêche illicite qui est devenue un fléau, la violation d'une aire marine protégée, la capture d'une espèce protégée etc. Quant au constat de la faute, il pourrait se faire par l'arraisonnement des navires en faute. Cette mission serait confié à tout Etat faisant partie d'une organisation régionale de saisir tout navire convaincu d'une faute dans les eaux sous sa propre juridiction, mais aussi, en haute mer et dans les eaux sous juridiction d'un autre Etat faisant partie de la même organisation régionale. L'extension des compétences de l'Etat en la matière pourrait être envisagée par des mécanismes de coopération entre les organisations régionales des pêches (ORP).

Dans cette perspective, l'Etat disposerait du droit d'opérer des contrôles sur les bateaux en haute mer, dans ses propres ports avec ses moyens techniques et humains renforcés par ceux fournis par l'ORP. Cela éviterait les initiatives unilatérales des Etats comme le Canada qui ont consisté à l'instauration de manière unilatérale d'une loi visant à faire la police en haute mer en violation des règles internationales. En effet, le Canada prétendait avoir limité drastiquement ses prises, alors que les pêcheurs communautaires n'ont pas accepté les quotas OPANO ; de plus, cet État dénonce les armements ayant dépavillonné leurs navires de pêche. C'est pourquoi dans l'affaire du flétan du bouvet flanard, le Canada prendra la loi modificatrice du 3 mars 1995 sur la protection des stocks chevauchant qui instaure une compétence

unilatérale pour arraisonner tout navire pêchant en infraction à sa loi de 1994²⁹.

Enfin, concernant les sanctions, il pourrait imaginer plusieurs types de sanctions à part l'emprisonnement et les châtiments corporels. A titre d'exemple, les navires saisis devraient payer une amende destinée à soutenir les efforts de conservation qui sera répartie entre l'Etat ayant procédé à l'arraisonnement et l'ORP dans la zone de laquelle l'acte a été commis. En plus, on pourrait lui infliger des mesures d'interdiction de pêche temporaire et définitive au niveau régional et l'inscrire sur une liste des navires suspects que les ORP communiqueraient entre elles etc.

Ce régime de responsabilité serait très intéressant pour le renforcement des ORP et un bénéfice pour la conservation des mers. Un autre pas de plus dans la conservation et la préservation serait d'adopter les nouveaux concepts de la conservation qui sont l'approche de précaution et l'approche écosystémique.

B. Vers l'adoption de nouvelles approches dans la conservation de la vie marine

La réglementation en matière de préservation du milieu et de conservation des ressources marines s'est contentée la plupart du temps, soit de n'appréhender que les menaces ayant des conséquences connues sur l'environnement ou l'écosystème, soit de privilégier la conservation d'une espèce. Cette manière de procéder a montré des limites importantes. C'est pourquoi, il convient de s'appuyer sur les nouveaux concepts qui sont l'approche de précaution et l'approche écosystémique.

1. L'approche de précaution

L'approche de précaution est l'application du principe de précaution considéré aujourd'hui comme l'un des grands principes du droit de l'environnement. Par ailleurs, pour mieux cerner l'approche

²⁹ Jean-Pierre BEURIER, *Revue Juridique Neptunus*, été 1996, Vol. 1.3/ISSN 1266-6912.

de précaution dans la préservation et la conservation des ressources marines afin de l'intégrer efficacement dans les normes, il convient de jeter un regard sur le principe de précaution en général.

- Le principe de précaution

Il se définit comme la gestion *a priori* d'un risque mal connu ou inconnu. Elle vise à limiter des risques potentiels ou hypothétiques. On prend des mesures face à un risque mal connu ou inconnu. Il est donc distinct de la prévention qui s'appréhende comme la gestion *a priori* d'un risque connu. Elle vise à contrôler des risques avérés.

L'adoption du principe de précaution est une nécessité aujourd'hui car le développement prodigieux de la techno science a mis l'homme face à des incertitudes qu'il vaut mieux encadrer pour éviter des dommages irréversibles. Pour Jean-Marc Lavieille, après l'ère de la certitude, suivie de celle du doute, nous sommes entrés dans l'ère de la précaution dans nos rapports avec la science³⁰. Il faut donc, malgré les objections des industriels et de tout le mouvement productiviste, apprendre à penser et à agir à long terme, à éviter l'irréversible. Cette même conception est partagée par Martine Rémond Gouilloud, en ces termes : « Nous voici donc entrés, bien malgré nous, dans l'ère de la précaution. A y bien réfléchir, cette mésaventure est normale. Car Descartes nous avait octroyé des droits sur la nature, sans contrepartie. Or ce qui fait l'intérêt, sinon la noblesse du droit, c'est d'imposer des devoirs corollaires aux droits. C'était la pièce manquante dans les rapports de l'homme et de la nature. « L'organique, si on le viole, ne pardonne pas » dit Teilhard de Chardin. Et d'ajouter : « Tandis qu'avec le juridique, on arrive toujours à s'arranger... ». Pour Teilhard, convaincu de l'unité organistique du monde, l'accroissement du rayon d'action humain implique un renouvellement de l'éthique à la mesure des possibilités technologiques.

³⁰ Jean-Marc LAVIEILLE, *Les principes généraux du droit international de l'environnement et un exemple : le principe de précaution*, Cours de droit international et comparé de l'environnement, p. 9.

Hans Jonas, philosophe allemand nourri d'Heidegger et de communisme, donc en principe situé aux antipodes du destin, partage la même intuition. Il nous dit l'interdépendance entre l'homme et la nature : l'intégrité de la nature autour de nous, c'est l'intégrité de la nature en nous ; les agressions qui affectent l'une se répercutent inéluctablement sur l'autre. Et il plaide pour une éthique nouvelle élargie dans le temps et dans l'espace, à la mesure des temps qui viennent. Cette éthique élargie s'appelle le « principe de précaution ». Celui-ci comporte notamment une prise en compte de la durée. A la suite de Teilhard et de Jonas, il faut désormais à notre société et à son droit apprendre à se projeter dans le futur, ménager les réversibilités, éviter l'irréparable au nom des générations futures. C'est tout le sens du développement durable. »³¹

Cette nécessité de l'adoption du principe de précaution a d'ailleurs été perçue par la communauté internationale qui l'a exprimé à plusieurs reprises à l'occasion de différents forums et conventions. A titre d'exemple, on peut faire allusion au principe 15 de la déclaration de Rio : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption des mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Il est aussi consacré dans de nombreuses conventions : cours d'eau transfrontières et lacs internationaux (Helsinki, 1992, article 2), mer Baltique (Helsinki, 1992, article 3, alinéa 2), Atlantique du Nord-est (Paris, 1992, article 2, alinéa 2-a), Danube (Sofia, 1994, article 2, alinéa 4), zones spécialement protégées en Méditerranée (protocole de Barcelone, 1995, préambule), émissions de soufre (protocole d'Oslo, 1994, préambule), conservation et gestion des stocks de poissons chevauchant plusieurs catégories de zones maritimes et les grands migrateurs (New York, 1995, articles 5 et 6)³².

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 11.

Si le principe de précaution n'est pas étranger à la communauté internationale comme on a pu le constater au cours du développement précédent, sa traduction en mesures concrètes que constitue l'approche de précaution n'est pas évidente dans les conventions, particulièrement celles portant sur le milieu marin. C'est pourquoi, il nous revient de fournir des pistes pour son intégration effective dans les conventions.

- L'effectivité de l'approche de précaution dans la protection

L'approche de précaution demande aux Etats et aux décideurs de faire plus attention quand l'information est incertaine. Elle est affirmée par l'accord des Nations unies sur les stocks de poissons qui demande aux Etats et aux usagers d'appliquer largement l'approche de précaution dans la gestion, la conservation et l'exploitation des stocks afin de protéger les ressources marines vivantes et de préserver l'environnement marin. Elle clarifie par la suite, le fait que l'absence d'informations scientifiques adéquates ne doit pas être un moyen de reporter ou refuser de prendre des mesures de conservation et de gestion.

Les parties à la CDB sont d'accord pour que l'approche de précaution soit appliquée à toutes les activités humaines en milieu marin et pas seulement à la pêche. Il est donc clair que les conventions de protection du milieu marin prônent l'approche de précaution. Mais, il est malheureux de constater qu'elles l'expriment souvent sous forme d'une affirmation de principe trop vague. L'approche de précaution devrait être traduite en mesures concrètes dans la codification des activités d'exploitation des ressources marines.

Ainsi, dans les conventions sur l'exploitation des ressources vivantes, les conventions devraient demander aux Etats de ne pas considérer la difficulté qu'il y a à établir scientifiquement une relation entre les différentes espèces marines pour refuser de protéger toutes les espèces marines de la même manière. De même, les conventions pourraient imposer aux Etats l'obligation de déclarer une espèce menacée et imposer un moratoire quand les signes de la baisse de stocks se manifestent. C'est par exemple, le cas aujourd'hui du thon rouge de l'atlantique.

En ce qui concerne l'exploitation des ressources non vivantes, les conventions universelles et régionales pourraient obliger les Etats à prendre des mesures pour diminuer la teneur en milieu marin de certains produits contenus dans les eaux de productions des exploitations *offshore* de pétrole même si aucune preuve scientifique ne montre une incidence claire de ces produits sur ce milieu. Dans le même ordre d'idée, les conventions devraient imposer aux Etats d'interdire l'exploitation des ressources minérales dans les zones de forte concentration de biodiversité.

De telles mesures favoriseront l'approche écosystémique prônée dans la nouvelle orientation de la gestion de l'environnement marin.

2. L'approche écosystémique

L'approche écosystémique dans la conservation et la préservation du milieu marin constitue aujourd'hui l'un des principaux remparts contre l'exploitation irrationnelle des ressources marines. Elle doit donc être intégrée dans les conventions de protection de l'environnement marin pour réaliser la conciliation entre l'exploitation et leur conservation. Avant de mettre en évidence la nécessité de son intégration dans les conventions, il convient d'abord d'appréhender le concept à travers sa définition et ses implications.

- Le concept de l'approche écosystémique et ses implications

L'approche écosystémique est l'approche de la conservation et de la préservation basée sur l'écosystème et ses caractéristiques. Tansley (1935) définit un écosystème comme étant « une communauté écologique, de même que le milieu où elle évolue, envisagé dans leur ensemble ». Bien que cette définition donne lieu à de nombreuses variations, les concepts fondamentaux demeurent intacts. Wang (2004) a résumé les principales caractéristiques d'un écosystème en faisant ressortir les cinq aspects suivants :

. un écosystème s'inscrit dans un espace dont les limites ne peuvent être explicitement définies. Les écosystèmes se distinguent les uns des autres en fonction de leurs attributs biophysiques et de leur emplacement ;

. un écosystème se compose des organismes vivants qui s'y trouvent, ainsi que du milieu abiotique, notamment de bassins de matières organiques et inorganiques ;

. les organismes interagissent les uns avec les autres, ainsi qu'avec leur milieu, au moyen de flux d'énergie et de matières organiques et inorganiques qui sont présents dans le bassin. Les comportements des espèces et les forces environnementales médiatisent ces flux et en contrôlent le fonctionnement ;

. un écosystème est un ensemble dynamique. Cette structure et son fonctionnement évoluent dans le temps ;

. un écosystème comporte des propriétés émergentes. Ces propriétés sont des caractéristiques propres au genre d'écosystème et elles ne varient pas au sein de leur domaine d'existence.³³

Au regard de ces précisions, l'approche écosystémique doit se comprendre comme une approche qui prend en compte tous les éléments d'un système contrairement à l'approche fondée sur un individu.

En effet, il s'agit de prendre en compte les interconnexions ou les interdépendances entre les différentes composantes d'un écosystème, comprendre les relations qui les lient et prendre des mesures en fonction de ceux-ci. Dans cette approche, l'homme est considéré comme un élément de l'écosystème, et les interactions entre lui et les autres composantes de l'écosystème sont aussi prises en compte. Dans cette perspective, il ne s'agit plus de privilégier l'exploitation mais de veiller à ce que l'écosystème puisse conserver son intégrité, assurer sa régénération naturelle afin de pouvoir rendre à l'homme les services écologiques et économiques de manière durable.

Dans le domaine particulier de la pêche, l'approche écosystémique reconnaît que la pêche doit être pratiquée de manière à éviter la destruction de l'écosystème. Elle vise ainsi à prendre en compte dans la protection non seulement l'espèce ciblée mais les prédateurs et les espèces associées et dépendantes. C'est d'ailleurs ce qui ressort à

³³ Scott PARSONS, Ph. D. professeur adjoint à l'Ecole de gestion, Université d'Ottawa, *Aspects écosystémiques de la gestion des pêches : Théorie et pratique*.

travers les lignes directrices de la FAO qui proposent d'assujettir aux principes suivant la gestion des pêches fondées sur une approche écosystémique :

- . les pêches devraient être gérées de manière à limiter autant que possible leurs effets sur l'écosystème ;
- . les rapports écologiques entre espèces capturées, espèces dépendantes et espèces associées doivent être respectés ;
- . les mesures de gestion doivent être compatibles dans toute la zone où se répartie la ressource (indépendamment de la juridiction et du plan de gestion) ;
- . il convient d'appliquer le principe de précaution parce que les connaissances sur les écosystèmes sont incomplètes ;
- . les pouvoirs responsables doivent veiller au bien-être et à l'équité pour les hommes et pour l'environnement.

On en déduit donc que l'approche écosystémique entend maintenir l'intégrité de l'écosystème ainsi que sa productivité afin qu'il continue de remplir son rôle économique et écologique. Elle vise ainsi, à établir l'équilibre entre les besoins de l'homme, la protection et la conservation de l'écosystème.

C'est donc une nécessité de l'intégrer urgemment et largement dans les conventions de protection de l'environnement marin compte tenu du contexte général de dégradation avancée dans lequel se trouve l'environnement marin du fait des activités humaines.

- L'effectivité de l'approche écosystémique dans la protection

Certaines conventions ont déjà intégré l'approche écosystémique mais beaucoup de conventions ignorent cette approche. Il convient donc de généraliser cette approche pour réaliser une conservation globale efficace.

L'approche traditionnelle focalisée sur la protection d'une espèce a montré d'importantes limites à en juger par la dégradation de l'écosystème qui a entraîné des dommages importants pour la diversité biologique. L'approche écosystémique constitue la planche de salut pour renverser cette tendance qui, à terme risque de compromettre à coup sûr la survie de l'homme. Cette nécessité de passer de la réglementation traditionnelle de la conservation à une

réglementation écosystémique a été affirmée à l'occasion de plusieurs forums sur l'environnement marin et certaines conventions font office de précurseurs.

En 1992, la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et l'agenda 21 ont demandé aux Etats l'adoption d'approches prenant en compte toutes les espèces. En 1995, le Code de conduite de la FAO a aussi demandé la conservation, la protection et la sauvegarde de l'écosystème et élaboré les principes et les standards internationaux pour s'assurer de la conservation effective et du développement des ressources aquatiques vivantes. En 2000, la décision V/6 de la conférence des parties de la convention sur la diversité biologique a élaboré un guide pour l'application de l'approche écosystémique. Dans le même ordre d'idée, le plan de mise en œuvre du sommet de Johannesburg sur le développement durable a suggéré l'application de l'approche écosystémique avant 2010. En 2006, la résolution sur le développement durable des pêches et la résolution sur les océans ont mis un accent particulier sur l'approche écosystémique.

La résolution sur le développement durable des pêches a notamment encouragé les Etats à intégrer dans les règles de gestion de la pêche l'approche écosystémique pour s'attaquer aux prises accessoires, à la pollution, à la surpêche et à la destruction des écosystèmes. Quant à la résolution sur les océans, elle a constaté que les écosystèmes continuent d'être menacés, qu'il faut urgemment protéger l'intégrité des écosystèmes à travers les mesures de gestion.

Par ailleurs, certaines conventions ont intégré l'approche écosystémique et font aujourd'hui figure de précurseur. Au niveau universel, la convention la plus notable est l'accord des Nations unies sur les stocks de poissons (ANUP). Cette convention oblige les Etats à recourir à une approche de précaution et écosystémique dans la gestion de la pêche des poissons chevauchants et les grands migrants. Dans cette perspective, l'article 5 de la partie II sur les principes généraux énonce que les parties qui se livrent à la pêche en haute mer :

d) Évaluent l'impact de la pêche, des autres activités humaines et des facteurs écologiques sur les stocks visés ainsi que sur les espèces

qui appartiennent au même écosystème que les stocks visés ou qui leur sont associés ou en dépendent ;

e) Adoptent, le cas échéant, des mesures de conservation et de gestion à l'égard des espèces qui appartiennent au même écosystème que les stocks visés ou qui leur sont associés ou en dépendent, en vue de maintenir ou de rétablir les stocks de ces espèces à un niveau tel que leur reproduction ne risque pas d'être sérieusement compromise ;

f) Réduisent au minimum la pollution, les déchets, les rejets, les captures par des engins perdus ou abandonnés, les captures d'espèces de poissons et autres non visées (ci-après dénommées espèces non visées) et l'impact sur les espèces associées ou dépendantes, en particulier les espèces menacées d'extinction, grâce à des mesures incluant, dans la mesure du possible, la mise au point et l'utilisation d'engins et de techniques de pêche sélectifs, sans danger pour l'environnement et d'un bon rapport coût-efficacité ;

g) Protègent la diversité biologique dans le milieu marin.

Au niveau régional, l'une des conventions les plus remarquables en ce qui concerne l'approche écosystémique est la convention pour la conservation des ressources marines de l'Atlantique car elle a adopté cette approche depuis 1980. Elle reconnaît l'importance de la sauvegarde de l'environnement et la protection de l'intégrité de l'écosystème des océans qui entourent l'antarctique. Son article 2 énonce les principes de la conservation et de la prévention des changements ou de la minimisation des risques de changement dans l'écosystème marin qui sont potentiellement irréversibles en s'appuyant sur les connaissances scientifiques disponibles en matière d'impact de la pêche.

Ces exemples ci-dessus évoqués montrent, certes, l'engagement de la communauté internationale dans la voie vers une approche écosystémique de la réglementation, mais, il ne faut pas oublier que la nature globale de l'écosystème marin s'accommode mal avec des initiatives isolées concernant sa protection. Il faut donc une généralisation de cette approche.

Pour ce faire, les conventions qui sont focalisées sur la conservation d'une seule espèce et qui ne s'occupent pas des espèces liées et de protection de l'intégrité de l'écosystème devraient être

révisées. Il s'agit surtout des conventions régionales des pêches qui instituent les organisations régionales des pêches. Ce serait ainsi, l'occasion de renforcer leurs pouvoirs pour qu'elles puissent faire face aux nouveaux défis de la conservation.

La convention des Nations unies sur les stocks de poissons particulièrement doit être révisée car son champ d'action est limité aux seuls stocks chevauchant et aux grands migrateurs. Cette protection partielle limite considérablement la portée des innovations intéressantes qu'elle a apportées à la conservation et à la préservation. On pourrait alors envisager d'élargir son champ d'application à tous les stocks de poissons quelle que soit leur nature.

Par ailleurs, une des voies qui donnerait une impulsion sérieuse à la généralisation de l'approche écosystémique pourrait consister à intégrer dans les différentes conventions une obligation pour les Etats de créer des aires marines protégées dans les endroits particulièrement riches en diversité biologique. En effet, les aires marines protégées constituent un excellent outil pour concrétiser l'approche écosystémique qui bien souvent demeure à l'état de simple déclaration. Selon Robert, les réserves marines « devraient être un élément de la gestion moderne des pêches parce qu'elles permettent d'accomplir de nouvelles choses que les outils classiques ne peuvent pas. Seule une protection totale et permanente contre la pêche de protéger les habitats et les espèces sensibles. Seules des réserves permettront d'assurer le développement de structure par âge élargies et naturelles d'espèces visées, de maintenir leur variabilité génétique et de prévenir un changement délétère attribuable aux effets de la pêche ».³⁴

La définition la plus universelle de l'aire marine protégée a été établie par l'UICN en 1988. Il s'agit de « toute région intertidale ou subtidale, de même que les eaux la recouvrant, ainsi que la flore, la faune et les caractéristiques historiques et culturelles associées, classées par la législation dans le but de protéger partiellement ou

³⁴ Callum M. ROBERT, Julie P. HAWKINGS et Fiona R. WELL, « The role marine reserves in achieving sustainable fisheries philosophical transactions royal society B vol. 360, 2005, p. 123.

intégralement l'environnement inclus ». Défini comme telle, elle constitue d'excellents moyens pour la protection, la préservation des habitats ou des écosystèmes fragiles, uniques ou représentatives comme les monts sous-marins, les récifs coralliens d'eau froide, les vents hydrothermales et autres éléments écologiques des mers et des fonds marins ainsi que les tortues marines, les mammifères marins.

Elle est aussi, le meilleur moyen d'assurer la régénération des espèces couramment exploitées ou la sauvegarde des espèces qui ne sont pas utiles aujourd'hui mais qui peuvent servir demain car comme l'a montré le développement de la biochimie ces dernières années, toutes les espèces peuvent servir à quelque chose, il n'y a que la connaissance de l'homme qui est limitée à un certain moment de son histoire.

Dans la perspective d'une protection vraiment globale, on pourrait envisager la création d'aires marines protégées (AMP) tant dans les zones sous juridiction étatique qu'en dehors, c'est-à-dire dans la haute mer à travers les organisations régionales. En effet, à ce jour plusieurs AMP ont été créées dans les zones étatiques comme en témoigne le répertoire des AMP de la méditerranée 2005 mais les AMP transnationales sont rares. Il faut donc penser dans le cadre des organisations régionales à créer des AMP en haute mer pour la protection de certains écosystèmes fragiles comme les monts sous-marins et les récifs coralliens.

*

* *

Au terme de notre étude, l'on peut constater qu'il a été question pour nous de présenter le cadre juridique applicable aux espaces maritimes et celui inadapté à la protection de l'environnement. L'on remarque parfaitement que malgré la course effrénée faite par les Etats à la ratification des conventions internationales, le milieu marin a davantage besoin de politique efficace de préservation des ressources marines. La raison en est que les dispositifs juridiques en vigueur dans les Etats ne permettent pas une gestion efficace dudit

milieu. En effet, l'analyse de différents textes démontre une préoccupation moins accrue en ce qui concerne la protection des écosystèmes marins et aussi la lutte contre les pollutions marines. Cette situation résulterait de l'insuffisante intégration et des difficultés de mise en œuvre des normes internationales.

Il faut remarquer que, même si l'environnement est devenu peu à peu l'un des pôles d'intérêt majeur de ce siècle à la suite de la tenue de grandes conférences comme celle de Stockholm en 1972, celle de Rio en 1992 et celle de Johannesburg en 2002, la réalité reste perplexe à bien des égards, car au-delà des déclarations diplomatiques, l'environnement n'a pas encore trouvé la place qu'elle mérite face au développement économique qui justifie encore les atteintes à l'environnement. L'exploitation irrationnelle des ressources marines constitue un exemple patent. L'exploitation des ressources marines demeure en effet, une menace pour l'environnement marin en général et pour la biodiversité marine et l'intégrité de l'écosystème en particulier malgré une diplomatie environnementale active et un nombre impressionnant de conventions. La réalité qui prévaut est que d'une part, les Etats hésitent à s'engager effectivement dans une politique de protection ou de préservation globale du milieu marin vu les enjeux socioéconomiques que représente l'exploitation des ressources marines pour eux, les communautés locales et les multinationales.

Concrètement, le droit international de l'environnement devrait d'abord établir un équilibre entre l'exploitation des ressources marines et la préservation de l'environnement marin. En effet, le système juridique classique a été bâti autour de la philosophie d'appropriation de la nature de sorte que la règle de droit a toujours tendance à privilégier l'exploitation des ressources naturelles. C'est cette orientation qu'a épousée le droit de l'environnement dans sa forme actuelle même si on note quelques évolutions.

C'est pourquoi, il apparaît que pour qu'une préservation efficace de l'environnement en général et de l'environnement marin en particulier voit le jour, il faut une rupture avec cette vision du droit classique qui est anthropocentrique. C'est semble-t-il la position de Maurice Kamto quand il fait remarquer que « il faudrait en tout état

de cause comprendre le droit à l'environnement comme un droit bidimensionnel, c'est à dire à la fois comme un droit humain et un droit de la nature... si le droit à l'environnement s'entend uniquement comme un droit humain, il finira par conduire à un résultat opposé à celui recherché, c'est-à-dire à la dégradation d'une nature mise exclusivement au service de l'espèce humaine ».³⁵

Dans la même perspective, il serait aussi intéressant qu'il traduise le développement durable en mesures concrètes en créant un équilibre entre l'intérêt économique et l'intérêt écologique car, aujourd'hui, leur indépendance n'est plus à prouver. En clair, l'opposition traditionnelle entre intérêt économique et intérêt écologique doit être considérée comme un débat obsolète. L'heure est à la recherche des meilleurs moyens de continuer le développement économique sans compromettre les chances de survie de l'humanité et c'est dans ce canevas que devrait évoluer les conventions de protection du milieu marin.

Cette évolution des conventions devrait également s'orienter vers une gestion intégrée renforcée des océans car même si les Etats, pour des besoins d'exploitation, l'ont morcelé en plusieurs zones, il garde son unité de sorte qu'une bonne politique de conservation et de préservation adéquate ne peut ignorer. Certains poissons et animaux marins ne connaissent pas les frontières de même que les pollutions. Cette gestion intégrée devrait pouvoir se faire à travers un renforcement de l'approche globale et l'adoption de l'approche de précaution et de l'approche écosystémique.

Du point de vue de l'approche globale, il s'agit de renforcer la coopération internationale et de créer un régime de responsabilité globale. Concernant la coopération internationale, elle devrait se faire tant au niveau technique et financier qu'au niveau des institutions. Au niveau de la coopération financière et technique, les mécanismes de financement internationaux devraient être renforcés et le transfert des technologies devrait être effectif pour permettre aux pays en

³⁵ M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, EDICEF, Paris, 1996, p. 52.

développement de faire face aux différents défis de la protection du milieu marin.

Au niveau institutionnel, une collaboration, une coordination et une cohésion suffisante entre les différentes institutions qui s'occupent de l'environnement marin est nécessaire. Une telle collaboration devrait exister également entre les institutions chargées de la préservation de l'environnement marin et les organisations ayant des fonctions purement économiques et commerciales, car la pêche est une activité économique.

En ce qui touche à la création d'un régime de responsabilité, il faut remarquer que les conventions sur le milieu marin s'en détournent souvent alors qu'une règle de droit ne vaut que par sa capacité à sanctionner sa violation. Il est donc nécessaire, d'établir un régime de responsabilité pénale commune pour les exploitants des ressources marines en cas de violation d'une mesure de conservation et de préservation ; car la responsabilité de l'Etat est difficile à mettre en œuvre tout comme la responsabilité civile des exploitants au vue des obstacles d'ordre technique. Par ailleurs, les conventions devraient intégrer l'approche de précaution et l'approche écosystémique pour une protection intégrale de l'écosystème qui constitue une voie privilégiée pour le maintien de sa productivité et donc de son exploitation durable.

Au total, en appliquant ces approches, le droit international pourrait mieux protéger l'environnement marin. Cette phrase de l'ancien secrétaire général de l'UNESCO, Federico Mayor nous interpelle tous, je cite « Quoique nous fassions, l'océan survivra d'une façon ou d'une autre. Le problème est de savoir si l'état dans lequel nous le laisserons garantira la survie et le bien-être de l'humanité ».

BIBLIOGRAPHIE

- AGENDA 21, CHAPITRE 17 : « Protection des océans et de toutes les mers -compris les fermées semi fermées- et des zones côtières et protection, utilisation rationnelle et mise en valeur de leurs ressources biologiques », juin 1992
- ASSEMBONI-OGUNJIMI, Alida-Nabobué, *Le droit de l'environnement marin et côtier en Afrique occidentale : cas de cinq pays francophones*, thèse de doctorat en droit public de l'environnement, Université de Lomé, date de soutenance, le 15 septembre 2006
- CADOUX Charles et RANJEVA Raymond, *Droit international public*, EDICEF, AUPELE
- CORNU (G.) sous la direction, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 2^e édition, 1990
- DAILLIER Patrick et PELLET Alain, *Droit international public*, LGDJ, 7^e Edition, Paris, 2002, 1510 p.
- FOFANA Diakaridia, *L'exploitation des ressources marines et la protection de l'environnement*, Master 2 en Droit international et comparé de l'environnement, Université de Limoges 2007
- FOLACK Jean, *Diagnostic sommaire de l'environnement marin et côtier au Cameroun, travaux élaborés dans le cadre des études entreprises au sein de l'IRAD*, Kribi- Cameroun, inédit
- FROMNOT Cyrielle, « Les conventions du milieu marin », 2004-2007, (en ligne) in <http://www.intelligenceverte.org/protection-milieu-marin.asp>.
- GREENPEACE, *L'Afrique de l'ouest victime des pillages des pêcheries pirates*, septembre 2001
- HENGUE Paul, *Approche de coopération et stratégies pour la surveillance et le suivi de la zone côtière et marine contre la pollution par les hydrocarbures*, travaux inédits et *Présentation des cadres juridiques et institutionnels en matière de lutte contre les déversements accidentels des hydrocarbures au Cameroun*, inédit
- KAMTO Maurice, *Droit de l'environnement en Afrique*, EDICEF, Paris, 1996, 416 p.

- KISS Charles-Alexandre et BEURIER Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} édition, Pédone, Paris 2004
- LANGAVANT Emmanuel, *Droit de la mer : le cadre institutionnel du milieu marin (océanographie-pollution)*, Cujas, Paris, 1969, 210 p. et *Droit de la mer*, Tome IV : *Le droit des richesses marines*, Cujas, Paris, 1985, 344 p.
- LAVIEILLE Jean-Marc, *Droit international de l'environnement*, Ellipse, Paris, 1998, 191 p. ; 2^{ème} édition mise à jour, Coll. *Le droit en questions*, édition Ellipses, Paris, 2004, 192 p.
- MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « Le foisonnement des institutions conventionnelles », in *L'effectivité du droit international de l'environnement, contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, préface du Pr Alexandre KISS, Economica, Paris 1998
- MPILLE Pierre E., *La frontière terrestre Cameroun - Nigeria d'après la CIJ*, Mémoire de DEA en droit international de l'espace, Université de Douala, 2003-2004
- NGAMALIEU NJIADEU Antoine, *La protection de l'environnement marin au Cameroun : contribution à l'étude de mise en œuvre des conventions internationales*, Mémoire de DEA en Droit public, Université de Douala 2005
- NKOYOK Jacqueline, « Communication et Education dans la protection des écosystèmes marin et côtiers du Cameroun : environnement et développement dans les régions côtières et les petites îles » (en ligne) in <http://www.unesco.org/csi/pub/info/nkoyok>
- PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2004
- Programme des Nations unies pour l'Environnement, *Manuel judiciaire de droit de l'environnement*
- SMETS Henri, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement », in *RGDIP*, avril-juin n° 2, 1993
- Dictionnaire de langue française, le Robert pour tous*, dépôt légal, mai 2006
- Dictionnaire Universel, Hachette EDICEF*, 4^e Edition, Paris 2002
- Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, le 29 novembre 1969 et ses protocoles (protocole de Londres du 29

novembre 1976, le deuxième du 25 mai 1984 et le troisième datant du 27 novembre 1992)

Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant une pollution par les hydrocarbures, Bruxelles, le 29 novembre 1969

Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), Londres, le 2 novembre 1973, complétée le 17 février 1978 par un protocole

Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, Bonn, le 23 juin 1979

Convention des Nations unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982

Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992

Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, signée à Alger en 1968, modifiée à Maputo en 2003

Convention relative à la coopération en matière de protection et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre et son Protocole, signés à Abidjan le 3 mars 1981

Convention régionale relative à la coopération halieutique entre les Etats africains riverains de l'océan Atlantique, conclue à Dakar au Sénégal, le 5 juillet 1991

Recueils des textes en droit de l'environnement au Mali, tome 1 et tome 2

CONTRIBUTIONS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES POUR UNE SORTIE DE CRISE AU MALI

Dr. Ibrahim Boubacar SOW,
enseignant-chercheur, Université des
sciences juridiques et politiques de Bamako (USJPB)

RESUME

A l'orée des événements du 22 mars 2012, les acquis de la III^{ème} République ont pris un tournant décisif, en mettant en doute et les incertitudes d'un modèle de bonne gouvernance à propos duquel le Mali faisait illusion aux yeux de la communauté internationale après l'alternance de 1992. Au-delà de la déstabilisation des institutions de la République du Mali, la crise de 2012 a également remis en cause les acquis de la décentralisation, avec une absence généralisée des institutions locales et des populations locales en raison de la crise sécuritaire. Après la prestation de serment du président de la République (Ibrahim Boubacar Keita) le 4 septembre 2013, le Mali a pu retrouver une partie de sa souveraineté nationale. La sortie de crise est devenue une préoccupation. Les leçons tirées des états généraux de la décentralisation, du forum des collectivités locales sur la gestion de la crise au Mali, des assises nationales sur les régions du nord, de la signature de l'accord de paix et de réconciliation issu du processus d'Alger en mai 2015... ont posé des initiatives de sortie de crise. Malgré ces initiatives, le Mali peine à trouver une stabilité. En plus de cette instabilité sécuritaire, sont intervenues des séries de violation de droit à la vie humaine, l'ineffectivité des élections communales de novembre 2016, la remise en cause de l'exercice de la démocratie locale sur toute l'étendue du territoire nationale une autre. A partir des initiatives internationales et nationales, la présente réflexion a

comme objectif de proposer des alternatives de sortie de crise. Ces recommandations, fondamentalement juridiques, embrassent d'autres disciplines des sciences sociales comme la science politique, la sociologie et l'anthropologie.

MOTS CLES : Contributions ; collectivités territoriales ; sortie de crise.

Chaque État qui use de sa souveraineté, a vocation à adapter le droit à ses besoins particuliers et à sa propre politique. Dans cette hypothèse, nous assistons à une diversification dans les systèmes juridiques africains. L'administration centrale a pour vocation de maintenir le contact, d'encadrer la population, de dispenser les prestations des différents services publics aux administrés, d'exécuter les décisions et la politique de l'État. En somme, elle constitue une pièce essentielle de l'appareil de l'État dans la résolution des crises auxquelles la communauté nationale est confrontée. Son efficacité et son adaptabilité peuvent être des opportunités de sortie de crise pour l'administration centrale.

Dans les Etats d'Afrique noire francophone, la bonne gouvernance s'est affichée à partir des années 1990 en réponse aux exigences des institutions de Bretton Woods, de la Banque mondiale et d'autres pays industrialisés, en particulier la France. Pour le cas spécifique du Mali, cette bonne gouvernance a pris corps à partir de juillet-août 1991. A partir de l'alternance intervenue en 1992, la Constitution du 25 février 1992 a consacré non seulement la décentralisation¹, mais également le Haut conseil des collectivités (HCC) comme institution, avec pour mission d'étudier et de donner un avis motivé sur toute politique de développement régional et local². De ce point de vue, aujourd'hui, la décentralisation est perçue comme une alternative à la gouvernance partagée.

¹ Pour la consécration de la décentralisation, il s'agit du décret n° 92-073/ P-CTSP du 25 février 1992 portant promulgation de la Constitution du 25 février 1992, notamment dans ces articles 97 et 98.

² Cf. titre XII de la Constitution du 25 février 1992.

L'année 2012 donne un autre tournant à ce modèle de bonne gouvernance, pourtant considéré comme une référence par les États voisins. D'abord les atrocités de Tessalit et d'Aguelhok, ont démontré une crise sécuritaire, *due à la banalisation des dispositifs de sécurité*³. Elles constituent d'abord à la violation de l'article 1^{er} de la Constitution du 25 février 1992 qui dispose que « la personne humaine est sacrée et inviolable », que « tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ». Ensuite, le putsch du 22 mars 2012 ayant déstabilisé les institutions de la République a facilité l'occupation des régions du nord du Mali par des groupes terroristes, *à cause de la fragilité de l'État du Mali*⁴. Enfin à la sortie des élections présidentielles de 2013, la problématique de la mise en œuvre de l'accord de paix et de réconciliation issu du processus d'Alger du 15 mai 2015 a fait couler beaucoup de sangs. Ces affirmations font allusions aux tentatives d'installation des autorités intérimaires dans les *régions Nord du pays*⁵.

A partir de ce rappel historique à propos de l'instabilité sécuritaire et institutionnelle au Mali, l'intérêt de la présente étude relative aux « contributions des collectivités territoriales pour une sortie de crise au Mali » nous donne l'opportunité de définir les mots clés qui consacrent cette réflexion. *D'abord*, le mot « contribution » fait référence à un apport de la part d'un organisme public ou privé. La contribution devient à cet égard un domaine de la vie intellectuelle. Elle contribue de façon importante à une réflexion scientifique. Elle

³ Moulaye ZEINI, *Problématique de la criminalité transnationale et le contrôle démocratique du secteur de la sécurité*, Friedrich Ebert Stiftung, février 2014, p. 8-9.

⁴ Ousmane Oumarou SIDIBE, « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne », in, « *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du nord* », Tombouctou 2013, s. dir. Doulaye KONATE, p. 180.

⁵ Ibrahim Boubacar SOW, « L'« hémorragie » de la décentralisation en temps de crise au Mali », p. 8, in « *Accord pour la paix au Mali issu du processus d'Alger et Varia* », s. dir. Bakary CAMARA et Olivier DEVAUX, *Revue Malienne des Sciences Juridiques Politiques et Economiques (REMASJUPE)* n° 4, février 2017, p. 8.

utilise notamment le talent d'un expert pour mener une étude scientifique sur un domaine déterminé. Pour ce cas spécifique, il s'agit de fournir une étude d'un point particulier du droit à savoir : « contributions des collectivités territoriales pour une sortie de crise au Mali ». Son apport peut être un facteur de stabilisation des activités politiques, économiques et sociales sur toute l'étendue du territoire national.

Ensuite, s'agissant de la notion de « collectivité territoriale », elle a fait pratiquement objet de définition dans toutes les disciplines des sciences sociales. Du point de vue juridique, c'est un ensemble de personnes géographiquement localisées sur une portion du territoire national qui sont unies par des liens de solidarité et de communautés d'intérêts auxquelles, il est reconnu, dans les conditions précisées par la loi, le droit à la libre administration. Du point de vue administratif, elle est une collectivité à laquelle l'État central va transférer certaines compétences et les moyens de les exercer (ressources humaines, financières et techniques). Elle devient donc un espace d'organisation administrative. Au sens politique, c'est une portion d'un territoire administré par des organes élus par ses habitants qui partageront certains pouvoirs avec l'État. Au sens plus socio-économique, elle est un espace géographique, social, culturel et communautaire. Elle assumera sa gestion face à elle-même et face à l'État.

Enfin s'agissant de la notion du concept de « sortie de crise » dans notre étude de cas spécifique, fait allusion à une situation anormale à tous les niveaux de gouvernance (notamment sécuritaire et de droit à la vie), d'où une solution pour résoudre cette crise. C'est ainsi que dans la discipline des sciences sociales, le mot « crise » a fait l'objet de quelques définitions conceptuelles⁶. C'est ainsi qu'en sciences politiques, elle fait référence à une situation suffisamment « anormale », pour susciter une déstabilisation de l'ordre social, économique et *politique d'un État*⁷. En droit, elle fait allusion à une situation de trouble qui affecte le fonctionnement des pouvoirs publics. Elle peut engendrer à cet égard un conflit d'attribution entre

⁶ *Idem*, p. 70.

⁷ Olivier NAY et autres, *Lexique de Science Politique*, Dalloz 2008, p. 111.

les pouvoirs exécutif et législatif, de la paralysie ou de la démission d'un gouvernement, en raison de la gravité des mesures exceptionnelles, comme c'est le cas de l'état de siège, de l'état d'urgence, de l'état de nécessité⁸.

En effet, la question centrale de la présente réflexion est de savoir : *comment les collectivités territoriales peuvent-elles contribuer à une sortie de crise ?* Cette problématique se justifie par les impacts de la crise du 22 mars 2012, dont les collectivités ont été les premières victimes à cause de l'absence de leurs administrations locales, et même de leurs populations souvent réfugiés dans les États voisins, ou déplacées à l'intérieur du pays.

Au regard de l'existence des dispositifs juridiques en matière de décentralisation, nous pouvons affirmer que les collectivités territoriales disposent de moyens pour contribuer à une sortie de crise. Cette affirmation se justifie par le choix institutionnel, mais également par des dispositifs législatifs et règlementaires qui encadrent la vie des collectivités territoriales dans le cadre un Etat.

La sortie de crise par les collectivités territoriales présente un intérêt particulier en ce sens—qu'elles demeurent les entités décentralisées ayant enregistré les premières conséquences des effets collatéraux de la crise institutionnelle de mars 2012. A la suite d'une tentative de sortie de crise, ces collectivités demeurent les premières actrices cibles ayant pour mission de rétablir une relation de confiance avec les acteurs du développement local.

Notre approche juridique s'inspire de la technique de raisonnement juridique, souvent utilisées par des *théoriciens du droit*⁹. Ainsi, nous procédons à la revue des séries de propositions institutionnelles de sortie de crise (I), mais aussi des propositions de sortie de crise propres aux collectivités territoriales (II).

⁸ 5^{ème} Congrès de l'ACCPUF, Cour constitutionnelle du Bénin, Cotonou du lundi 22 au samedi 28 juin 2009, sur la thématique : les juridictions constitutionnelles et les crises, p. 2-3.

⁹ Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *Introduction historique du droit : XIII^{ème}-XX^{ème} siècle*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2003 ; B. DURANT, Ch. DURANT et A. LECA, *Introduction historique au droit*, Montchrestien 2003.

I. Des propositions institutionnelles de sortie de crise au Mali

L'État prend assez souvent le risque de perdre fidélité et respect en sapant les valeurs mêmes qu'il exalte aux heures d'harmonie et de paix. Mieux vaut peut-être pour lui, soit de faire face avec les règles des temps ordinaires, soit de garder en réserve une législature spécifique et dissuasive, capable, le jour venu, de désamorcer les périls. Ainsi, comment trouver en droit public des solutions aux crises permettant, comme en droit privé, de parvenir à la paix ? L'alternative fréquemment utilisée est de recourir aux opportunités offertes aux collectivités locales afin de poser les bases d'une résolution définitive de la crise. L'intervention des collectivités locales dans la résolution des crises politiques semble marquer l'échec de l'administration centrale, en proposer une alternative crédible.

Dans cette perspective, nous analysons d'une part les mécanismes nationaux et internationaux de sortie de crise (A) et d'autre part la question de l'approfondissement de la réorganisation du territoire (B).

A. Des mécanismes nationaux et internationaux de sortie de crise au Mali

A la suite de la crise institutionnelle et sécuritaire que le Mali a connue à partir de janvier 2012, tous les acteurs (nationaux et internationaux) étaient conscients de la perte de qualité de la bonne gouvernance, dont le Mali faisait jusqu'alors figure de modèle. Face à ces regards croisés sur la crise à partir de 2012, diverses recommandations avaient été formulées.

D'abord, il s'agissait d'aller vers la refondation d'une autre forme de gouvernance. A ce sujet, la rencontre internationale du gouvernement malien et des donateurs du 15 mai 2013 a permis de redéfinir le domaine d'intervention des partenaires financiers en huit volets qui sont entre autres : la refondation de la gouvernance ; le forum multi-acteurs à un processus continu ; la refondation de la nation ; l'Assemblée malienne de citoyens ; la refondation de la décentralisation ; la nécessité de créer un fonds de développement multipartenaires ; la refondation de la sécurité et de la paix ;

l'organisation d'un atelier régional (validé en mai 2013) ; la refondation des forces de sécurité (validé en juillet 2013) ; refondation de la politique de développement ; refondation de l'aide ; les défis des bailleurs de fonds ; refondation du débat public (validé en mai 2013). Cette refondation prend en compte toutes les dimensions de la gouvernance, notamment sécuritaire et institutionnelle. Le constat qui se dégage est lié à toutes les insuffisances de la pratique notamment, en tenant compte de la démocratie à la base. C'est la raison pour laquelle, la conclusion des bailleurs consistait à redéfinir les mécanismes d'accès aux services sociaux de base, et les modalités d'exercice du contrôle citoyen de l'action gouvernementale et des collectivités territoriales.

Ensuite s'agissant de l'initiative nationale, elle a été préconisée par l'Association des pouvoirs locaux (APL) en guise de contribution à une sortie de crise. Dans un contexte de crise dominé par l'insécurité dont les collectivités territoriales (notamment celles du nord) ont subi des conséquences dramatiques en raison de la fuite des administrations et des populations locales, l'APL ont organisé un forum des collectivités territoriales sur la gestion de la crise au Mali intitulé : « Une décentralisation intégrale et immédiate pour une sortie de crise »¹⁰, tenu à Bamako les 5 et 7 novembre 2012. Les motivations de l'APL se situaient d'une part, quant à leur implication dans la gestion des affaires publiques locales à travers la démocratie pluraliste ; d'autre part quant à la prise en compte de la diversité humaine et territoriale dans l'élaboration des normes de la gestion publique, seules garantes de l'unité nationale. A la suite de cette assise, les recommandations majeures s'articulaient autour de quelques axes comme : repositionner le portage politique et l'ancrage institutionnel de la réforme de la décentralisation, dans une vision stratégique et transversale au niveau de la présidence de la République ou de la primature ; préparer et lancer le processus de

¹⁰ Ministère de l'Administration territoriale et des Collectivités locales, « Forum des collectivités locales sur la gestion de la crise au Mali : Pour une décentralisation immédiate et intégrale pour la sortie de crise », Synthèse du rapport final, novembre 2012.

régionalisation, comme deuxième étape de la réforme après la communalisation, pour mieux prendre en compte la diversité humaine et territoriale dans l'optique d'un renforcement de l'unité nationale et d'un développement équilibré et solidaire du territoire; encourager l'intercommunalité, comme approche permettant de faire face aux problèmes de viabilité économique qui se posent aux petites communes démunies; formaliser les rôles et les responsabilités des leaders coutumiers dans la gestion locale, notamment en matière de prévention et de gestion des conflits, en complémentarité avec les autorités élus des collectivités territoriales ; renforcer le rôle des autorités élues des collectivités locales et des chefs coutumiers dans la gestion sécuritaire à travers la territorialisation des approches de maintien de la sécurité publique. A la suite de ces recommandations, deux éléments nous paraissent pertinents à savoir : l'inter-collectivité et la régionalisation.

S'agissant de de l'inter-collectivité qui est inscrite dans les dispositifs législatifs de décentralisation¹¹ ; elle se présente comme une alternative aux développements des communes démunies de ressources financières. Au-delà du cadre législatif, le cadre réglementaire a apporté des précisions, notamment par le décret n° 2015-0848/P-RM du 22 décembre 2015 déterminant les modalités de coopération entre les collectivités territoriales¹². Celles-ci peuvent

¹¹ L'article 25 alinéa 1^{er} de la loi n° 2017-052 du 2 octobre 2017 déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales dispose que « Les collectivités territoriales peuvent entreprendre des actions de coopération entre elles. Cette coopération peut se traduire par la création de structure de coopération appropriée, de promotion et de coordination des actions de développement dans des domaines spécifiques sous le contrôle de l'Etat ».

¹² L'article 3 du décret n° 2015-0848/P-RM du 22 décembre 2015 stipule que « La coopération entre les collectivités territoriales se fonde sur la volonté librement exprimée des collectivités territoriales concernées de réaliser en partenariat des actions de développement. Elle doit : s'inscrire dans les domaines de compétence des collectivités territoriale partenaires ; être l'expression d'une volonté librement exprimée de l'organe délibérant de chaque collectivité territoriale partenaire ; être fondée sur une ou plusieurs

ainsi se regrouper pour l'exercice de compétences d'intérêts communs, par la création des organismes publics de coopérations par voie conventionnelle. L'article 9 alinéa 1^{er} du décret n° 2015-0848 du 22 décembre 2015 déterminant les modalités de coopération entre les collectivités territoriales dispose que « le syndicat de coopération inter collectivités est la structure de coopération regroupant deux ou plusieurs collectivités territoriales qui décident de s'associer en vue de créer et de gérer ensemble des activités et/ou des services publics ». Le décret propose également les modalités de création de la structure syndicale aux collectivités territoriales, après délibérations concordantes acquises à la majorité de chaque Conseil communal, de se regrouper en syndicat en vue de réaliser des opérations intercommunales¹³. Au regard des missions assignées aux collectivités territoriales dans le domaine du développement local et de la pertinence des compétences qui leurs sont reconnues par la législation malienne, la complémentarité en vue de la réalisation d'objectifs communs, s'inscrira d'avantage dans une large logique d'entente cordiale entre les citoyens, surtout dans les zones affectées par la crise (notamment identitaire).

L'inter collectivité s'inscrit également dans d'autres domaines, plus vastes, qui dépassent les compétences d'une seule commune, comme la protection de l'environnement et la gestion des ressources naturelles. Depuis la crise de mars 2012, pour la recherche d'une sortie de crise, l'inter-collectivité demeure un instrument juridique privilégié de résolution des conflits, et d'impulsion des actions de développement régional et local. Il couvre plusieurs enjeux tels que le

actions d'intérêt commun, un ou des projets ou programme de développement ; se faire sous le contrôle de l'Etat ».

¹³ L'article 11 du décret n° 2015-0848/P-RM du 22 décembre 2015 déterminant les modalités de coopération entre les collectivités territoriales dispose que « la structure de coopération est créée par arrêté conjoint des présidents des organes délibérants des collectivités concernées après délibération de leur Conseil et approbation de leur autorité de tutelle. Le dossier de création comprend : la délibération portant sur l'adhésion de la collectivité territoriale, les statuts et règlement intérieur adoptés par les organes délibérants des collectivités territoriales concernées ».

renforcement de la crédibilité des collectivités territoriales, le développement de l'esprit de solidarité, le renforcement des capacités en matière de partenariat, la prévention et la gestion des conflits, et l'émergence d'une idée de territoire viable.¹⁴

A cela s'ajoute la mise en œuvre de la régionalisation comme seconde étape de la décentralisation. Après la phase de la communalisation en 1999 par l'élection démocratique des organes délibérants des communes, la volonté politique d'aller vers la régionalisation demeure une exigence pour mieux stimuler l'économie régionale. Ainsi, la réforme de la régionalisation aura pour résultat d'impulser le développement économique régional, en dotant les collectivités régions de compétences et de ressources en la matière. L'objectif attendu de la régionalisation comme nouvelle réforme des politiques publiques, consiste à améliorer les performances en matière de développement. Comme seconde étape de la décentralisation, le résultat attendu de la régionalisation à la « malienne » permettra également d'améliorer les services rendus aux citoyens et d'accroître la performance économique. En définitive, la collectivité région jouera un rôle déterminant dans la coordination et la synergie des efforts de l'État et des acteurs locaux, notamment dans le domaine du développement économique.

La régionalisation contribue donc à la prise en charge institutionnelle des intérêts propres liés à la promotion d'un territoire dans une perspective socio-économique, culturelle et politique. Sur les principes élémentaires du droit administratif (notamment sur les conditions de la libre administration des collectivités territoriales), la dimension institutionnelle de cette régionalisation passe au préalable par l'élection démocratique des présidents des organes délibérants des conseils régionaux¹⁵ et du District de Bamako¹⁶, sous réserve de

¹⁴ Ministère de l'Administration territoriale, de la Décentralisation et de la Réforme de l'Etat, *Elaboration du programme d'appui à l'inter-collectivité et à la coopération transfrontalière. Synthèse de la revue documentaire*, décembre 2016, p. 9.

¹⁵ L'article 190 alinéas 2, 3 et 4 de la loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017 portant Code des collectivités dispose que «...Sur la base des résultats définitifs des élections régionales, est investi président du Conseil régional le

certaines dispositions de la loi électorale¹⁷. S'agissant de la mise en œuvre de la régionalisation, quelques acquis institutionnels sont enregistrés notamment par la création des Agences de développement régional¹⁸ (ADR) dans le but de favoriser le développement régional et local dans son espace d'intervention ; une législation consacrant le contrat Plan État région (CPER)¹⁹ ou district dans le cadre d'un engagement conventionnel entre l'État et les collectivités Région ou District pour le financement et la réalisation des projets structurants sur les compétences des collectivités régions ou du district, relevant de leurs programmes de développement économique social et culturel (PDESC).

Au-delà des recommandations du forum des APL, les collectivités territoriales ont été responsabilisées par les lois de la décentralisation

conseiller figurant à la tête de la liste ayant obtenu le plus grand nombre de sièges. En cas d'égalité de sièges entre plusieurs listes, est investi président du Conseil régional le conseiller régional figurant à la tête de la liste ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages. A égalité de suffrage entre plusieurs listes, le conseiller régional, tête de liste, le plus âgé est investi président du Conseil régional... ».

¹⁶ L'article 44 alinéas 2, 3 et 4 de la loi n° 2017-053 du 2 octobre 2017 portant statut particulier du district de Bamako dispose que « ...Sur la base des résultats définitifs des élections au conseil du district transmis au Ministre chargé des collectivités territoriales par le président de la commission de centralisation des résultats, est installé dans les fonctions de maire du district le conseiller figurant à la tête de liste ayant obtenu le plus grand nombre de sièges. En cas d'égalité de sièges entre plusieurs listes, est installé maire du district le conseiller figurant à la tête de la liste ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages. A égalité de sièges et de suffrage entre plusieurs listes, le conseiller du district, tête de liste, le plus âgé est installé maire du district... ».

¹⁷ Sur certaines réserves relatives aux critères d'inéligibilités aux Conseils du District et régional, voir les articles 194, 195, 196 et 197 de la loi n° 2016-048 du 17 octobre 2016 portant loi électorale.

¹⁸ Cf. ordonnance n° 2015-017/P-RM du 2 avril 2015 portant création d'Agences de développement régional.

¹⁹ Cf. décret n° 2014-0644/ P-RM du 21 août 2014 déterminant les modalités d'élaboration, de mise en œuvre et de suivi-évaluation du contrat plan Etat-région ou district.

relative à la délivrance du service public de proximité aux populations, et à la promotion du développement local et régional sur leurs territoires respectifs.

B. L'approfondissement de la réorganisation du territoire

Depuis l'alternance de 1992, le Mali a opéré de véritables réformes administratives pour pouvoir mieux résoudre la problématique de la déconcentration et de la décentralisation. Au-delà de cette forme d'organisation du pouvoir, il était également question de procéder à une autre forme d'organisation et de création des circonscriptions administratives et des collectivités territoriales. Ces réformes avaient pour objectif d'assurer une meilleure représentation de l'État sur tout le territoire national, ensuite de préparer l'élan de la mise en œuvre de la décentralisation à la suite des recommandations de la conférence nationale de juillet-août 1991.

A partir de l'indépendance, de 1960 à 1991, on assiste à la réorganisation du territoire, qui érigea la ville de Bamako en district subdivisé en six communes (ord. n° 77-45 du 12 juillet 1977 portant réorganisation territoriale et administrative de la République du Mali). Ces réformes définissent la nouvelle configuration du pays en portant le nombre de régions à sept divisées en cercles comme Kayes, Koulikoro, Sikasso, Ségou, Mopti, Tombouctou et Gao.

A l'orée du multipartisme à partir de 1992, la question de la réorganisation du territoire et la marche vers la décentralisation sont devenues une priorité des pouvoirs publics. Cette priorité a débouché sur la création de 682 communes (loi n° 96-059 du 4 novembre 1996 portant création des communes dont 2 en 2002), 8 collectivités régions et 49 collectivités cercles (loi n° 99-035 du 11 août 1999 portant création des collectivités cercles et régions) et 285 arrondissements érigés en circonscriptions administratives. Ces réformes ont enregistré en son temps des acquis par l'élection démocratique des organes délibérants des collectivités territoriales²⁰ (notamment celle des communes), et des modalités d'élection spécifique aux conseils de

²⁰ En terme d'acquis, les collectivités communes ont enregistré des élections démocratiques en 1999 ; 2004 et 2009.

cerle, de région et du district de Bamako, définies dans le Code des collectivités territoriales en son temps.

A l'issue de ces réformes de 1996 à 1999, l'approfondissement de la réorganisation du territoire a donné satisfaction à deux niveaux. D'une part, l'État a su assurer sa représentation dans toutes les circonscriptions administratives créées ainsi que les services déconcentrés. Ainsi, l'administration s'est rapprochée de la population. D'autre part, l'exercice de la démocratie locale de 1999 à 2009 a été une occasion pour les citoyens de s'intéresser aux préoccupations locales par l'intermédiaire des organes élus des collectivités territoriales. Ces expériences ont démontré une impulsion du développement à la base, mais également des stratégies de cohésion sociale débouchant sur la gestion des conflits (notamment endogènes).

Dans le cadre de la poursuite de la réforme administrative, la loi n° 2017-017 du 2 mars 2012 portant création de circonscriptions administratives²¹ peut être une alternative contribuant à la sortie de crise. Les dimensions identitaire et sécuritaire de la crise de 2012 ont révélé d'autres insuffisances qui portent sur la problématique de l'effectivité de la représentation de l'État dans les circonscriptions administratives et les collectivités territoriales. Ces circonscriptions administratives auront pour mission de « contribuer au développement économique et social de la région ». Concrètement, ces nouvelles régions doivent jouer un rôle d'incitatrices, de réalisatrices d'études ou encore un rôle consultatif sur les problèmes de développement et d'aménagement de la région.

C'est pour ces raisons que la loi du 2 mars 2012 intervient pour mieux assurer la représentation efficiente de l'État dans ces entités.

²¹ Dans la poursuite de la réforme administrative, la nouvelle loi n° 2012-017 du 2 mars 2012 portant création des circonscriptions administratives a érigé les circonscriptions cercles en circonscription régions comme : Taoudénit, Ménaka, Nioro, Kita, Dioila, Nara, Bougouni Koutiala, San, Douentza et Badiangara.

Après l'opérationnalisation des régions de Ménaka et Taoudénit²², dont l'approfondissement doit se poursuivre pour la création d'autres circonscriptions administratives et collectivités territoriales : cercles et communes. Dans l'application de la même loi, on constate une lenteur dans la poursuite de la mise en œuvre de la nouvelle configuration des circonscriptions administratives du Mali. C'est la raison pour laquelle certaines circonscriptions (comme Nara, Douentza et Bandiagara) font l'objet d'attaques terroristes. Ces attaques sont encouragées par l'absence de la représentation nationale de l'État et des services techniques déconcentrés. En plus des limites dans l'application de la loi portant création de circonscriptions administratives, la réforme doit aboutir également à la création des collectivités territoriales pouvant servir de lieux d'exercice de la démocratie locale.

Dans un contexte de crise socio-sécuritaire, l'opérationnalisation des nouvelles régions peut être une opportunité de sortie de crise à plusieurs points de vue. Cela passe d'abord, par la représentation de l'État et des services techniques déconcentrés sur une grande partie du territoire national, ensuite par l'exercice de la démocratie participative et par l'élection des organes délibérants des collectivités territoriales, et enfin par le développement de la circonscription par une participation active de tous les acteurs de la chaîne régionale. L'effectivité de la fonctionnalité de ces circonscriptions permettra de minimiser, sinon d'éviter les opérations d'attaques terroristes. Elle permettra également d'éviter les trafics de drogues, les prises d'otages, et de donner vie à des activités économiques, sociales et culturelles. En substance, la circonscription administrative régionale a pour mission fondamentale, d'orienter le développement économique régional par la définition de certains axes stratégiques, et dispose aussi d'une capacité concrète d'intervention dans la vie économique régionale ; elle tient « ... les deux extrémités de la chaîne de

²² L'opérationnalisation de ces deux régions s'explique par le fait qu'elle est d'ordre politique, notamment sur la poursuite de la mise en œuvre de l'Accord de Paix et de réconciliation issu du processus d'Alger.

l'interventionnisme, celle de la conception et de celle de l'exécution »²³.

II. Des propositions de sortie de crise propre aux collectivités territoriales du Mali

Dans le domaine de la décentralisation, plusieurs possibilités s'offrent aux collectivités territoriales pour apporter une solution aux différentes crises auxquelles l'administration centrale est confrontée. Dans le cadre de cette réflexion, l'accent sera mis sur celles qui portent notamment sur la restitution publique (A) et la nécessité de tenir des concertations régionale et locale (B) dans le but d'apporter un dénouement à la crise malienne.

A. La restitution publique

Pour créer un climat de confiance entre les collectivités territoriales et les citoyens, la décentralisation à la « malienne » a proposé des opportunités favorisant l'impulsion du développement à la base. Tout comme l'idée de la gouvernance des institutions d'une République, celle des collectivités territoriales sous-entend également la satisfaction de l'intérêt général.

L'idée de satisfaction de l'intérêt général fait allusion à la gestion des services publics. En marge de l'État, les élus des collectivités territoriales portent le statut de personnes morales de droit public. En ayant la vocation de gérer un service public (collectivités territoriales), les gouvernants locaux auront pour mission la satisfaction de l'intérêt général. La notion d'intérêt général est assimilable à la notion de service en ce sens qu'elles constituent la raison d'être de l'administration. A ce sujet René Chapus admet que « ce que peut avoir de relief la détention de prérogatives de puissance publique par l'administration ne doit pas dissimuler qu'elle n'en dispose que pour assurer au mieux la satisfaction de l'intérêt général, c'est-à-dire les

²³ J. CHEVALLIER, *La région dans le système politico-administratif français*, CURAPP, L'institution régionale, PUF 1984, p. 31.

services publics »²⁴. A la suite de René Chapus, Gaston Jèze estime que « sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer »²⁵. A la lumière de ces assertions, l'intérêt général peut être confondu avec la notion de service public.

A la suite de la présente analyse, l'intérêt général et le service public peuvent aller de pair à avec la recherche d'une sortie de crise. Dans la gestion des services publics locaux, l'absence d'une administration locale signifie également une absence des services sociaux de base. Dans un contexte de crise sécuritaire dominé par une gouvernance délicate, les collectivités territoriales peuvent contribuer à la sortie de crise. Pour une sortie de crise par les collectivités territoriales, la participation citoyenne au fonctionnement des institutions locales demeure une préoccupation démocratique. En effet, la démocratie au niveau local a pour objectif de contribuer à une large participation de la population, perçue comme « (...) celle qui associerait au mieux « proximité » et « participation », (...) une « démocratie rapprochée », supposée revenir au plus près des « gens » ou des citoyens (...) »²⁶. En effet, cette démocratie a pour objectif fondamental, de faire gérer les affaires d'une collectivité par des représentants élus par des administrés de cette collectivité. Ainsi, la démocratie locale est ni plus ni moins que la démocratie exercée au niveau des collectivités locales, plus précisément, « c'est la démocratie, qualifiée par le cadre ou le niveau de l'organisation administrative auquel elle s'exerce »²⁷. La démocratie locale serait

²⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 14^{ème} édition 2000, p. 563.

²⁵ G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, Dalloz 2005, p. 16.

²⁶ K. MICHEL, *Le pouvoir local ou la démocratie improbable*, Paris, 2006, Edition du Croquant, coll. « Savoir agir », p. 5.

²⁷ M. GERARD, « La démocratie locale en France : aspects juridiques », p. 21-44, in *La démocratie locale, représentation, participation et espace public*, L. BLONDIAUX, G. MARCOU, F. RANGEON (dir.), Centre

donc la démocratie mise en œuvre au niveau local, notamment au niveau des communes c'est-à-dire l'ensemble des droits concédés en la matière aussi bien aux élus qu'aux administrés dans le cadre de ces collectivités locales. Elle consacre l'autonomie financière des collectivités locales, mais est très souvent conçue comme la démocratie centrale, sur la base de la représentation.

La démocratie locale a pour objectif spécifique d'initier les débats car, elle « (...) suppose que l'autorité locale soumette au débat ses principales orientations »²⁸. Or, « en l'absence de débat, un maire endette sa commune sans que personne ne puisse l'arrêter. Le débat au sein du conseil ou de la population limite le risque de la corruption. (...) l'absence de démocratie locale (...) favorise le risque de dérive dans la gestion des affaires locales »²⁹. Elle devrait donc permettre de contrebalancer une probable dérive dictatoriale des organes communaux. Elle entraîne également la controverse, ce qui n'est pas plus mal puisque « de nombreuses études montrent que les controverses enrichissent la démocratie parce qu'elles éprouvent les projets et aboutissent à tenir compte d'une pluralité de point de vue »³⁰. Les débats et les controverses par le pouvoir d'intervention qu'ils confèrent aux citoyens intéressés, rendent la démocratie locale tout simplement plus proche de ceux-ci et militent en faveur de la construction d'un espace public infra-local plus réel et vivant, celui des débats de toutes les légitimités existantes. En effet, « l'espace public n'est pas seulement le lieu où s'exprime la volonté générale, il la génère. En assumant cette fonction, l'espace public devient une pièce maîtresse de la démocratie »³¹. En substance, le débat « public » ou « communal » consiste à créer un climat de confiance entre les élus communaux et les citoyens à la base. A la recherche d'une sortie de

Universitaire de Recherche et Politique de Picardie (CURPP), Paris, PUF, 1999, p. 21.

²⁸ M. RASERA, *La démocratie locale*, Paris, LGDJ, 2002, p. 161.

²⁹ M. RASERA, *op. cit.*, p. 148.

³⁰ M. RASERA, *op. cit.*, p. 170.

³¹ P. LADRIERE, « Espace public et démocratie », p. 19-43, in *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public* ss.dir COTTEREAU et LADRIERE, Paris, Ecole des Hautes Etudes en Science Sociales (EHESS), 1992, p. 42.

crise, les collectivités territoriales du Mali en ont plus que besoin pour remédier aux insuffisances. C'est pour ces raisons que la loi n° 2017-051 du 2 octobre 2017 a consacré la restitution publique³², avec pour objectifs de mobiliser les citoyens autour des affaires publiques locales ; d'instaurer la transparence dans la gestion des affaires publiques ; susciter l'émulation et l'esprit de l'exercice de citoyenneté pour faciliter le paiement des impôts et taxes ; et de renforcer la confiance mutuelle.

B. La tenue des concertations régionales et locales

Dans la dynamique de la refondation de l'Etat pour la sortie de crise, les collectivités territoriales sont des instances administratives de base pour promouvoir des stratégies de développement. Pour ce faire, l'impulsion du développement à la base nécessite obligatoirement l'adhésion de tous les acteurs régionaux et locaux. L'impulsion d'un développement exige le droit, et même le devoir de participation reconnu aux citoyens. C'est la position défendue par Baguenard et Becet pour qui, « de plus en plus, il apparaît que le concept de démocratie locale réclame l'ouverture du pouvoir local vers l'extérieur, vers les citoyens eux-mêmes »³³. C'est aussi le point de vue de Rasera qui estime que la démocratie locale « (...) suppose un bon fonctionnement de la démocratie représentative (...) qui se nourrit de la démocratie participative (...) ; ces deux (2) aspects facilitent le débat local qui conforte le lien social (...) »³⁴. A cet effet, les questionnements selon lesquels « sur quels repères rebondir quand tout paraît s'effondrer ? Où puiser la force et l'inspiration pour mieux faire ? »³⁵ trouvent tous leurs sens dans le contexte de crise. Du point

³² L'article 218 alinéa 2 et 3 du Code des collectivités territoriales dispose que « le vote du budget est précédé d'un débat public sur le projet de budget. Pour le budget communal, le débat public est précédé de la consultation des Conseils de villages, de fraction ou de quartier constituant la Commune ».

³³ J. BAUREGARD et J.-M. BECET, *La démocratie locale*, Paris, PUF 1995, Coll. « que sais-je ? », p. 81.

³⁴ M. RASERA, *La démocratie locale*, op. cit, p. 13.

³⁵ Oumou Ahmar TRAORE, « Des perspectives de refondation et de réconciliation nationale au Mali », in *Le Mali entre doutes et espoirs*.

de vue normatif, les organes délibérants des collectivités territoriales constituent des maillons essentiels de la refondation et de la réconciliation de la chaîne locale. Il s'agit du décret n° 08-095/P-RM du 21 février 2008 portant création des comités régionaux, locaux et communaux d'orientation de coordination et de suivi des actions de développement (CROCSAD; CLOCSAD; CCOCSAD).

Ces cadres de coordination présentent plusieurs opportunités de sortie de crise. D'abord, ces concertations permettront de discuter de tous les problèmes qui bloquent le processus de développement. Ensuite, c'est une opportunité de trouver des alternatives de vivre en communauté. Cette opportunité trouve sa raison d'être dans les collectivités où le conflit ethnique constitue un frein à la cohésion sociale, une opportunité de sortie de crise s'impose, dans la mesure où tous les acteurs de la collectivité participeront à un état des lieux des actions de développement. C'est également une occasion pour les élus locaux de briser « *la crise de confiance* » entre les organes délibérants des collectivités territoriales et de la population locale.

Ces comités de coordination offrent des opportunités de sortie de crise sous deux dimensions.

Du point de vue politique, ces comités de coordination permettront d'assurer le suivi-évaluation des programmes de développement économique, social et culturel (PDESC), qui regroupent tous les acteurs du développement de la chaîne locale et régionale. C'est une occasion pour les acteurs de la collectivité, de redéfinir les politiques locales, de l'adapter en fonction du contexte et de l'opportunité de sortie de crise. Dans le cadre de la mise en œuvre de la décentralisation l'exécutif local dispose d'une compétence d'attribution, subordonnée à l'approbation de l'assemblée délibérante. Mais il n'est pas dénué de toute marge de manœuvre. Les compétences de l'exécutif local donnent l'occasion, de reprendre la distinction faite par Bertrand Faure³⁶ entre ses fonctions d'exécuteur et

Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du Nord, p. 224 ss.dir. Doulaye KONATE, Tombouctou 2013.

³⁶ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Bibliothèque de droit public, Tome 200, L.G.D.J., 1998, p. 82-110.

celle d'exécutif. Dans la doctrine française, la réglementation locale a connu un essor considérable³⁷ que la révision constitutionnelle de 2003 a avalisé.

Du point de vue sociologique, si la professionnalisation du « métier politique » local était imputée aux représentants de l'État, il est désormais certain que la décentralisation à la « malienne » a marqué « le sacre des notables »,³⁸ et fait des élus locaux des responsables politico-administratifs en leur accordant des pouvoirs de décision, et en leur conférant des compétences générales et spécifiques allant désormais jusqu'à la maîtrise d'ouvrage. L'élu local est perçu comme une autorité chargée de maintenir la cohésion sociale. Au-delà de sa fonction politique de gestion des collectivités territoriales, on retient avec Albert Mabileau que « l'élu local apparaît comme un nouveau manager de la collectivité »³⁹. Les élus locaux pour leur part, joueront un rôle en faveur du changement social et du changement de comportement des acteurs du développement. Pour ce faire, plusieurs théories socio-anthropologiques contribueront à une sortie de crise. *D'abord* le changement de comportement fait allusion à la technique de conception et de coordination des pratiques courantes. Ainsi, la théorie selon laquelle « l'anthropologie politique classique a souvent privilégié les formes visibles et institutionnelles du pouvoir et les

³⁷ Avant la réforme constitutionnelle de 2003 en France, cette question était ignorée dans bon nombre d'ouvrages de droit administratif. A cet effet, on peut retenir quelques-uns comme : Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratif*, Tome 2 : *L'action et le contrôle de l'administration*, Coll. *Thémis droit public*, P.U.F, 4^{ème} éd., 1998, p. 237-238 ; G. DUPUIS, M.-J. GUEDON et P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Coll. U, Armand Collin, 7^{ème} éd., 2000, p. 147 ; J. RIVERO et J. WALLINE, *Droit administratif*, Coll. *Précis*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2004, p. 94 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, *op. cit.*, p. 650 ; Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1, L.G.D.J, 16^{ème} éd., 2001, p. 563.

³⁸ Jacques RONDIN, *Le sacre des notables. La France en décentralisation*, Paris Fayard, 1985.

³⁹ Albert MABILEAU, *L'élu local : nouveau professionnel de la République*, *Revue Pouvoirs* n° 60 1992, p. 68.

structures politiques « traditionnelles » en leur stabilité »⁴⁰, sera élément de débat lors de la coordination des activités de développement, car le phénomène social est en perpétuelle évolution.

Ensuite, Guy Rocher estime que « le changement social est nécessairement un phénomène collectif, il doit affecter les conditions ou les modes de vie, ou encore l'univers mental... ». En second lieu, pour cet auteur, un « changement social doit être un changement de structure... qu'on doit pouvoir observer une modification de l'organisation sociale dans sa totalité dans certaines de ces composantes ». En troisième lieu, « un changement de structure suppose qu'on puisse l'identifier dans le temps... décrire l'ensemble des transformations ou leur succession entre deux (2) ou plusieurs points dans le temps ». En quatrième lieu « pour être vraiment un changement de structure, tout changement social doit faire preuve d'une certaine permanence, c'est-à-dire que les transformations observées ne doivent pas être seulement superficielles ou éphémères ». Une dernière analyse de l'auteur conclut que « le changement social affecte le cours de l'histoire d'une société... l'histoire d'une société aurait été différente si un changement social ne s'était pas produit »⁴¹. Processus extrêmement difficile dans son application, c'est la raison pour laquelle l'auteur fait la synthèse de ses analyses comme étant « toute transformation observable dans le temps, qui affecte, d'une manière qui ne soit pas que provisoire ou éphémère, la structure ou le fonctionnement de l'organisation sociale d'une collectivité donnée et modifie le cours de son histoire »⁴². Enfin pour Raymond BOUDON, le changement social doit être analysé non plus à travers les ensembles macrosociologiques (classes, mouvement ouvrier, groupes organisés, etc.) mais « n'est intelligible que si l'analyse descend jusqu'aux agents ou acteurs sociaux les plus

⁴⁰ J.-P. Olivier de SARDAN, *Anthropologie et développement. Essai en socio-anthropologie du changement social*, éd. Karthala, 1995, p. 53.

⁴¹ G. ROCHER, « Problèmes d'une sociologie de l'historicité », in *Introduction à la sociologie générale. Tome 3 : Le changement social*. Montréal : Edition HMH, Ltée, 1968, p. 29 et 21.

⁴² *Idem*, p. 22.

élémentaires composant les systèmes d'interdépendance (...) l'allure du processus ne peut provenir d'une autre cause que des décisions des agents sociaux élémentaires qui composent le système d'interdépendance »⁴³.

Pour une sortie de crise par les collectivités territoriales, en plus de l'opportunité des cadres de concertation et de coordination des actions de développement, l'approche socio-anthropologique est également un outil important qui s'ajoute aux facteurs juridiques. Au-delà de sa fonction politique, en temps de crise, l'élu local a également pour mission de rassembler tous les acteurs du développement local autour de la promotion de la paix sociale, l'idéal du développement à la base.

*

**

La crise de 2012 qui a marqué une période sombre de l'histoire de la démocratie malienne, continue toujours de susciter des interrogations quant à un retour à la vie normale et apaisée. Cependant, la vie des différentes Républiques qui se sont succédé, a toujours démontré des possibilités de sortie de crise. Compte tenu de l'originalité de celle de mars 2012, la présente réflexion relative aux « contributions des collectivités territoriales pour une sortie de crise au Mali », marque une particularité à plusieurs points de vue. Le discours selon lequel « le Mali a continué de tanguer orgueilleusement »⁴⁴ demeure une réalité, mais s'en sortira toujours sur certains principes révélateurs de garanties.

D'abord, les opportunités institutionnelles peuvent garantir une sortie de crise. A travers sa dimension institutionnelle, il est certain qu'il existe bien une perspective de sortie de crise. L'option internationale a démontré la nécessaire redéfinition de la qualité de la

⁴³ R. BOUDON, *La logique du social*, Paris, Hachette, 1979, p. 162-164.

⁴⁴ Ibrahima AYA, avant-propos de l'ouvrage collectif sur *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du Nord*, p. 13, s. dir. Doulaye KONATE, Tombouctou 2013.

gouvernance démocratique, dont le Mali faisait preuve depuis l'alternance de 1992. A la suite des recommandations de sortie de crise par les partenaires internationaux, l'accent a été mis sur la redéfinition des procédures d'accès aux services sociaux de base, et l'exercice du contrôle citoyen de l'action gouvernementale et des collectivités territoriales. Au niveau national, les collectivités territoriales par l'intermédiaire des associations des pouvoirs locaux a également favorisé des possibilités de sortie de crise notamment par le lancement du processus de régionalisation comme deuxième étape de la réforme après la communalisation, en tenant compte de la diversité humaine et territoriale dans la logique du renforcement, et fait de l'intercommunalité une approche permettant de faire face aux problèmes de viabilité économique récurrente aux micros communes...

La réforme administrative a également retenu l'opportunité d'une sortie de crise. Elle est relative à l'opérationnalisation de nouvelles régions, sans quoi, la crise sécuritaire continuera de gagner du terrain. Pour ce faire, l'alternative demeure l'effectivité de cette réforme par la nomination des représentants de l'État dans les circonscriptions administratives, avec les mesures d'accompagnement de la déconcentration des services techniques de l'État auprès des collectivités territoriales après leurs créations.

Ensuite, il s'est avéré également qu'il ne manque pas d'opportunités aux collectivités territoriales pour une sortie de crise. Du point de vue normatif, la législation consacre en effet des cadres de concertation et de coordination aux collectivités territoriales. Dès lors que le processus d'élaboration, de mise en œuvre et de suivi-évaluation des PDESC, le cadre de concertation et de coordination constitue une occasion pour les autorités régionales et du district de Bamako, de discuter d'autres faits s'ordres divers, qui freinent l'élan du développement local. Le choix du PDESC est révélateur car le processus est plus participatif et plus inclusif que les structures antérieures. Compte tenu de la participation de tous les acteurs du développement de la chaîne régionale et locale, toutes les sensibilités sont censées apporter leurs énergies dans la résolution des crises, notamment des conflits d'ordre endogènes. Compte tenu de la

profondeur de la crise, notamment dans les terroirs, le cadre de concertation et de coordination par le biais des PDESC, est une originalité en vue d'une sortie de crise ancrée dans les collectivités territoriales.

C'est aussi le cas de « la restitution publique », qui peut également être une solution en vue d'une sortie de crise. Au-delà de son fondement juridique, elle peut cristalliser le rapport de confiance entre les citoyens et les collectivités territoriales. Si l'exercice de la restitution publique consiste à rendre compte du bilan de gestion des collectivités territoriales par des élus locaux, il consiste également à faire un constat du degré de contribution des populations locales à la prise en charge des problèmes qui se posent. En dépit des contributions des populations locales, le renforcement du contrôle citoyen pourra également contribuer à la qualité de la gouvernance exercée par les collectivités territoriales.

Au-delà du cadre normatif de sortie de crise par les collectivités territoriales, les élus locaux doivent adopter d'autres démarches allant dans le sens d'un changement de comportements. Pour ce faire, ils devront agir comme des médiateurs dans tous les domaines de la vie de leurs collectivités respectives, notamment celui de la réconciliation. **En revanche, auront-ils la capacité requise d'adopter de tels changements de comportements et de ligne politiques ?** Car le fonctionnement d'une administration locale décentralisée résulte le plus souvent de choix qui favorisent les gouvernants, et plus rarement les populations locales.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et chapitres d'ouvrages

- AYA I, avant-propos du chapitre de l'ouvrage collectif sur *Le Mali entre doute et espoirs. Réflexions à partir d'une Nation à l'épreuve de la crise du Nord*, Tombouctou 2013
- BAUDEGARD J. et BECET J.-M., *La démocratie locale*, Paris, PUF 1995, Coll. « que sais-je ? »
- BOUDON R., *La logique du social*, Paris, Hachette, 1979
- BRIGITE B.-G., *Introduction historique du droit : XIII^{ème}-XX^{ème} siècle*, LGDJ, 2^{ème} éd 2003
- CHAPUS R., *Droit administratif général* (tome 1)
- CHEVALLIER J., *La région dans le système politico-administratif français*, CURAPP, L'institution régionale, PUF 1984
- COTTEREAU et LADRIERE, Paris, Ecole des Hautes Etudes en Science Sociales (EHESS), 1992
- DEBBASCH Ch., *Institutions et droit administratif*, Tome 2 : *L'action et le contrôle de l'administration*, Coll. Thémis droit public, P.U.F, 4^{ème} éd., 1998
- DUPUIS G., GUEDON M.-J. et CHRETIEN P., *Droit administratif*, Coll. U, Armand Collin, 7^{ème} éd., 2000
- DURAND B., DURANT Ch. et LECA A., *Introduction historique au droit*, Montchrestien 2003
- FAURE B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Bibliothèque de droit public, Tome 200, L.G.D.J., 1998
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif* (tome 1), L.G.D.J, 16^{ème} éd., 2001
- LADRIERE P., « Espace public et démocratie », in, *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public* ss.dir MICHEL K., *Le pouvoir local ou la démocratie improbable*, Paris, 2006, Edition du Croquant, coll. « Savoir agir »
- RASERA M., *La démocratie locale*, Paris, LGDJ 2002
- RIVERO J. et WALLINE J., *Droit administratif*, Coll. Précis, Dalloz, 20^{ème} éd., 2004

ROCHER G., « Problèmes d'une sociologie de l'historicité », in *Introduction à la sociologie générale. Tome 3 : Le changement social*. Montréal : Edition HMH, Ltée, 1968

RONDIN J., *Le sacre des notables. La France en décentralisation*, Paris Fayard, 1985

SARDAN J.-P. de, *Anthropologie et développement. Essai en socio-anthropologie du changement social*, éd. Karthala, 1995

Articles

GERARD M., « La démocratie locale en France : aspects juridiques », in *La démocratie locale, représentation, participation et espace public* », ss.dir. BLONDIAUX L., MARCOU G., RANGEON F., Centre Universitaire de Recherche et Politique de Picardie (CURPP), Paris, PUF, 1999, 102-125

MABILEAU A., « L' élu local : nouveau professionnel de la République », *Revue Pouvoirs* n° 60 1992, p. 75-92

SIDIBE O. O., « La déliquescence de l'Etat : un accélérateur de la crise malienne », in, *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du nord*, Tombouctou 2013, ss. dir. Doulaye KONATE, p. 171-172

SOW I. B., « L' « hémorragie » de la décentralisation en temps de crise au Mali », in, *Accord pour la paix au Mali issu du processus d'Alger et Varia*, ss. dir. Bakary CAMARA et Olivier DEVAUX, REMASJUPE n° 4, février 2017, p. 67-99

TRAORE O. A., « Des perspectives de refondation et de réconciliation nationale au Mali », in *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du Nord*, ss. dir. Doulaye KONATE, Tombouctou 2013, p. 219-23

Législation

La Constitution du Mali du 25 février 1992

Loi n° 2017-051 du 02 octobre 2017 portant Code des collectivités territoriales

Loi n° 2017-052 du 02 octobre 2017 déterminant les conditions de la libre administration des collectivités territoriales

Contribution des collectivités territoriales pour une sortie de crise

Loi n° 2017-053 du 2 octobre 2017 portant statut particulier du district de Bamako

Loi n° 2012-017 du 02 mars 2012 portant création des circonscriptions administratives

Ordonnance n° 2015-017/P-RM du 2 avril 2015 portant création d'agences de développement régional

Loi n° 99-035 du 11 août 1999 portant création des collectivités cercles et régions

Loi n° 96-059 du 04 novembre 1996 portant création des communes

Décret n° 2015-0848/P-RM du 22 décembre 2015 déterminant les modalités de coopération entre les collectivités territoriales

Décret n° 2014-0644/P-RM du 21 août 2014 déterminant les modalités d'élaboration, de mise en œuvre et de suivi-évaluation du contrat plan Etat-région ou district

Décret n° 08-095/P-RM du 21 février 2008 portant création des comités régionaux, locaux et communaux d'orientation de coordination et de suivi des actions de développement

Documents

Ministère de l'Administration territoriale, de la Décentralisation et de la Réforme de l'Etat, *Elaboration du programme d'appui à l'intercollectivité et à la coopération transfrontalière*. Synthèse de la revue documentaire, décembre 2016

ZEINI. M, « Problématique de la criminalité transnationale et le contrôle démocratique du secteur de la sécurité », Friedrich Ebert Stiftung, février 2014

5^{ème} Congrès de l'ACCPUF, Cour constitutionnelle du Bénin, Cotonou du lundi 22 au samedi 28 juin 2009, sur la thématique : les juridictions constitutionnelles et les crises

LE CADI DE TOMBOUCTOU : DES ORIGINES A LA COLONISATION

**Dr Nouhoum TANIDINA,
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako, Mali**

La seconde partie du XIX^e siècle marque le début de la colonisation française en Afrique de l'ouest et du Nord. La conquête de la zone de Tombouctou par l'armée française s'est faite de manière violente, notamment en 1892 avec le massacre de la colonne Eugène Bonnier par les Touaregs Ouelleminden et Igdalen après la première occupation de Tombouctou par les Français. Lorsque les Français ont pris le contrôle de Tombouctou en 1894, sa population était d'environ 4 000 habitants.¹ La ville était dirigée jusque-là par une élite musulmane qui payait des tributs aux Touaregs. La conquête et la stabilisation de la ville marquent la fin de la pacification des zones du Nord du Mali à la veille de la première guerre mondiale. La juridiction cadiale était à l'époque sous la subordination du pouvoir colonial.

Tombouctou n'apparaît dans l'histoire qu'au XIV^e siècle quand l'empereur du Mandé, Mansa Moussa, fait construire à partir de 1325 la mosquée Djingareyber². La construction de la mosquée de Sankoré

¹ Martin KLEIN, « *De la conquête du Soudan à la fin de la conquête française, 1879-1899 : Les tensions entre le système colonial français et le système d'esclavage africain* », dans Mariella VILLASANTE CERVELLO, *Colonisations et héritages actuels au Sahara et au Sahel : problèmes conceptuels, état des lieux et nouvelles perspectives de recherche, XVIII^e-XX^e siècles*, vol. 1, L'Harmattan, 2007 (ISBN 9782296040243), p. 525.

² La mosquée de Djingareiber (ou mosquée du Vendredi) a été édifiée à partir de 1325, en grande partie par un architecte andalou que l'empereur du Mali

est à l'origine d'une université islamique d'une très grande renommée dans toute l'Afrique de l'ouest³. Dans cette citée, le système juridique islamique, est un système de nature essentiellement religieuse dans lequel la science du droit fait corps avec la théologie. Selon Jean-Paul Payre : « Le droit musulman est un système de devoirs comprenant des obligations rituelles, morales et légales, mises sur le même plan, toutes soumises à l'autorité du même impératif religieux »⁴.

Ce droit, qui trouve sa source dans les prescriptions du Coran, ne doit pas être confondu avec le droit positif qui peut être aussi en vigueur dans les États de tradition musulmane, dans la mesure où ce dernier, qui diffère selon les pays, s'écarte souvent de celui-ci. En principe, le droit musulman appelé charia (loi musulmane), ne s'applique qu'aux musulmans. Des écoles d'interprétation de la loi musulmane sont apparues selon les différentes interprétations des théologiens musulmans. Les plus importantes étaient celles de Médine et de Koufa, en Irak. Par compétition, ces écoles⁵ ont peu à peu laissé place à certains courants de pensée inspirés par un grand juriste et son école. On dénombre de nos jours plusieurs courants s'inspirant des écoles juridiques, et autant de déclinaisons de la charia,

avait ramené avec lui. Joyau architectural du style soudanais. A l'intérieur, gros piliers de banco et douce pénombre. 9 galeries et 12 puits de lumière.

³ L'Université islamique de la mosquée de Sankoré comptait 25 000 étudiants sous le régime de Sonni Ali Ber (Sonni Ali le Grand). Tombouctou est prise par Sonni Ali Ber, l'empereur songhaï, en 1458. La ville construit sa prospérité sur les échanges commerciaux, dont l'esclavage, entre la zone soudanaise du Sahel africain et le Maghreb. Elle connaît son apogée au XVI^e siècle, jusqu'à la chute en 1590 de l'Empire songhaï.

⁴ https://fr.wikipedia.org/wiki/Système_juridique_islamique, consulté décembre 2018

⁵ Plusieurs points de divergences séparent ces écoles, bien que parmi les écoles sunnites, il y a consensus autour des principes généraux. Il y a désaccord, par exemple, à propos de la différence de traitement des versets du Coran abrogeant et abrogés, la pondération relative des diverses sources de savoir, ou, de façon importante, sur l'application de la sharia. Les quatre rites sunnites admettent l'idjmâ' (accord ou consensus) en tant que source du droit; le malékisme reconnaît l' 'idjmâ' des Compagnons et des Suivants de Médine, ville du Prophète, alors que le hanbalisme ne reconnaît que celui des Compagnons.

ou loi musulmane. Il en existe quatre majeures pour le sunnisme et deux pour le chiïsme⁶.

Selon la science du droit musulman, le système juridique islamique est indépendant de tout autre système. L'affirmation de l'islam à Tombouctou a conduit, à la constitution d'un appareil judiciaire, à la tête duquel se trouvait un juge appelé cadî, qui tenait les audiences à son domicile ou, plus souvent, à la mosquée, et recevait les plaideurs pour trancher leurs litiges. Ainsi, le pouvoir cadial été atténué à Tombouctou par l'effet de la colonisation. D'où l'idée de notre étude : « Le cadî de Tombouctou : des origines à la colonisation ».

Aux fins de la présente étude, le mot cadî est entendu et employé dans son acception ordinaire, désignant un personnage essentiel dans les sociétés musulmanes. Le cadî est un juge musulman remplissant des fonctions civiles, judiciaires et religieuses. Il est un juge de paix et un notaire, réglant les problèmes de vie quotidienne : mariages, divorces, répudiations, successions, héritages, etc.⁷ Il applique la loi islamique aux populations vivant sur le territoire de l'empire Songhaï. D'après l'actuel cadî de Tombouctou, la fonction d'un cadî est de « trancher les disputes, faire valoir les responsabilités, les droits des incapables ou des orphelins, administrer les fondations pieuses, donner effet aux dispositions testamentaires, infliger les peines fixées, protéger sa circonscription contre les violations des règlements et

⁶ D'abord, les écoles du sunnisme : l'école hanafite, dite école de la libre opinion ou « rationaliste » par opposition aux traditionalistes, car elle fait une grande place à l'interprétation, ou, plus précisément, au raisonnement par analogie ; l'école malekite est celle qui s'inspire le plus de la sunna ; on retrouve son influence aujourd'hui dans les pays du Maghreb, en Afrique de l'Ouest etc. ; l'école shafiite, tente de trouver un moyen terme entre les deux écoles ci-dessus ; rite officiel du califat abbasside ; l'école hanbalite, est exclusivement attachée à la sunna ; ce rite est aujourd'hui le moins pratiqué. Il existe par ailleurs deux écoles chiïtes : l'école ja'farite et l'école zaydite.

⁷ www.google.com ou <https://fr.wikipedia.org/wiki/Aide:Unicode> consulté le 08 juillet 2019 à 16h 15

contre les troubles, tenir la justice égale pour les faibles et les forts, les grands et les petits. »⁸

L'origine de la fonction de *cadi* est mal connue. La doctrine traditionnelle musulmane est ambiguë sur la question : selon les uns, des *cadis* auraient été nommés dès l'époque du califat de Médine⁹; selon d'autres, le poste de *cadi* aurait été une création omeyyade¹⁰. En ce qui concerne, la colonisation, elle peut se définir comme l'action de mise en tutelle d'un territoire moins développé et peu peuplé par les ressortissants d'une métropole. Le but pouvant être de l'occuper et d'en exploiter les richesses. En pratique, les processus de colonisation ont pu être de caractère économique, politique, militaire ou culturel, ou se manifester d'autres manières, voire se développer de façon violente ou pacifique. Elle peut être définie comme un processus d'expansion territoriale et/ou démographique qui se caractérise par des flux migratoires se déroulant sous la forme d'une migration, d'une occupation plus ou moins rapide voire d'une invasion brutale d'un territoire. Dans ses formes les plus extrêmes, la colonisation peut s'accompagner d'une marginalisation, d'une réduction et dans les cas les plus féroces, de massacre ou de génocide des populations autochtones.

Face à la montée exorbitante du pouvoir du *cadi* à Tombouctou en 1800, il est important de jeter un regard croisé entre le pouvoir du *cadi* avant et pendant la colonisation de cette ville. De ce fait plusieurs interrogations méritent d'être soulevées : quelle est l'étendue du pouvoir du *cadi* avant la colonisation ? Quelle caractéristique pouvons-nous donner au pouvoir de ce magistrat islamique pendant la colonisation à Tombouctou ? Pour appréhender ces différentes questions nous avons jugé nécessaire de les traiter dans le cadre d'une approche historique du droit qui permet de cerner le pouvoir du juge

⁸ Sources : entretien avec Monsieur Chirfi Moulaye Haidara, *cadi* de Tombouctou, le 21 novembre 2019 à 10h32 à Magnambougou (Bamako).

⁹ Califes dits *Rāshidūn*.

¹⁰ M. TILLIER, *Les cadis d'Iraq et l'Etat Abbasside* archive. Les Omeyyades ou Umayyades sont une dynastie arabe de califes qui gouvernent le monde musulman de 661 à 750. Ils sont originaires de la tribu de Quraych, qui domine La Mecque au temps de Mahomet.

musulman dans sa double dimension juridique et politique, avant et pendant la colonisation. Pour ce faire, la présente étude est structurée autour de deux axes. Dans un premier temps nous allons décrire l'autonomie du pouvoir cadial, en démontrant son indépendance et son statut juridique pendant la période d'Askia Mohammed¹¹ (I). Dans un second temps, il sera mis en exergue l'atténuation du pouvoir cadial pendant la colonisation (II).

I. Le cadī de Tombouctou : un magistrat autonome

Le cadī dispose des compétences souveraines lui permettant de juger en toute indépendance, sans aucune pression, directe, ou indirecte, c'est un juge indépendant (A). Il a compétence universelle (B).

A. L'indépendance du cadī

En sa qualité de représentant du pouvoir central, le cadī a des attributions judiciaires propres (1) qui constituent un organe régulateur (2).

1. Les attributions de l'autorité cadiale

Il convient d'abord de mettre en exergue les attributions judiciaires du cadī et de décrire l'étendue de son pouvoir. La justice constitue un droit régalien, et l'émir, investi du droit de rendre la justice, en confiait l'exercice au cadī¹². Ce dernier est un magistrat musulman

¹¹ Mamadou Touré, né en 1443 et mort en 1538, et probablement originaire du Fouta Toro, dans l'actuel Sénégal était empereur du Songhaï, d'ethnie Soninké. Il renverse en 1493 Sonni Baro, le fils de Sonni Ali Ber. Il devient empereur du Songhaï. Prenant le nom d'Askia Mohammed, il est le fondateur de la dynastie des Askia. Il pacifie et réorganise l'Empire. Il soumet au tribut le Mali, le royaume de Diarra, les Peuls du Fouta-Toro, le royaume de l'Aïr, et plusieurs royaumes haoussas à l'est mais échoue au sud contre le Borgou, royaume des Baribas (Borgu), et le Kebbi.

¹² L'appellation de *cadī* « n'est, en réalité, que l'adaptation arabe du terme juge ». À l'instar du latin « *judex* » – qui donne notre « juge », composé de « *jus* » et « *dicere* », littéralement « celui qui dit le droit », le terme « *cadī* »

distingué pour sa science et son équité. Askia Mohamed, dans sa volonté de propager l'islam, en luttant contre certaines coutumes africaines s'est servi de la juridiction musulmane du rite malékite, pour imposer les valeurs de l'islam¹³. Pour réussir sa politique religieuse, il s'appuie sur les cadis formés à l'Université de Sankoré et définit trois préoccupations majeures : d'abord, honorer les musulmans par le respect qui leur est dû et par des faveurs de toutes sortes, ensuite, imposer le sunnisme et le malékisme par l'enseignement et par le sabre, enfin, convertir les populations païennes à l'intérieur et à l'extérieur de l'Empire¹⁴.

Ainsi, d'importants résultats furent réalisés dans le domaine de l'application du droit indigène d'inspiration malékite, comme en atteste le « Rapport sur le Fonctionnement des Tribunaux Indigènes » daté du troisième trimestre de l'année 1906, où il est bien précisé : « au cours du dernier trimestre les tribunaux indigènes ont fonctionné dans les conditions prévues par les instructions de 1905 sur cette matière »¹⁵. Les juges du tribunal de province ayant jusqu'à peu exercé leurs attributions ont témoigné au début de quelques embarras. Le manque d'instruction n'était pas en cause car le nombre

fait référence à l'acte de parole performatif de celui qui se prononce entre deux plaideurs. Il insisterait, souligne I. Bligh-Abramski, sur le changement de statut de la parole judiciaire, sur le passage d'une sentence arbitrale peu contraignante à un jugement que le pouvoir se charge d'appliquer : la parole du cadi n'est plus un acte en attente, mais un acte définitif qui doit trancher net le litige. Ce changement dans le statut de la parole correspond effectivement à un nouveau mode de justice, celle d'un juge et non plus d'un arbitre.

¹³ Il fut aidé aussi dans cette action par docteurs malékites, étrangers comme Al Maghili du Touat, Es Soyouti du Caire, voir TARIKH EL-FETTACH, p. 15.

¹⁴ La victoire de 1492 de la ligue musulmane dirigée par Askia Mohammed est un tournant dans l'histoire de la vallée nigérienne. Askia Mohammed s'empara du pouvoir souverain sous le couvert de l'islam et sa politique fut au service de la religion. Il fut secondé dans cette œuvre d'islamisation par l'action missionnaire des ulémas des grandes villes, par des marchands qui profitèrent de la paix générale pour étendre leurs réseaux commerciaux. Il s'employa avec une grande ferveur à implanter l'islam dans le Soudan.

¹⁵ « Rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes », Tombouctou le 1^{er} octobre 1906 par le commandant de cercle.

d'indigènes relativement versés dans la connaissance du Coran et des commentaires d'El Khalil est assez élevé à Tombouctou.

Aussi, une tradition plusieurs fois séculaire, remontant à la conquête marocaine faisait-elle du grand cadî de Tombouctou l'unique juge du pays pour toutes les affaires importantes. Le célèbre cadî Ahmed Baba de Tombouctou relève encore le prestige traditionnel de sa charge par sa science, son équité et sa grande réputation personnelle auprès des juges de province et des justiciables. Le cadî de Tombouctou était le magistrat conciliateur, comme l'exigeaient les circonstances locales. La fonction du cadî n'était pas du tout facile, mais la publicité des audiences permettait à ce dernier de suivre les débats à côté du commandant de cercle et de l'interprète. Le cadî pouvait aussi donner son avis pendant une suspension d'audience. Le cadî avait une compétence générale ; il était habilité, après une procédure de réconciliation entre les parties, à juger toutes les affaires civiles et commerciales portées devant sa juridiction.

Les plaignants n'étaient pas enclins à interjeter appel ; ils plaçaient systématiquement les jugements rendus par le cadî au-dessus des décisions du tribunal supérieur. Même les plaideurs étrangers non ressortissants de la localité de Tombouctou, clairement avertis, adoptaient la même attitude. Il n'y a pas appel des parties car invariablement elles placent les décisions du cadî au-dessus de celles que pouvait rendre le tribunal supérieur, jusqu'ici du moins, même avec les parties étrangères à la localité et dument averties.

Le Tribunal de province était, par ailleurs, habilité à juger les délits en matière correctionnelle. Concernant les affaires correctionnelles, on constatait une forte recrudescence des délits de vols à Tombouctou, un accroissement que les juges indigènes n'hésitent pas à attribuer à la suppression des châtiments corporels. « En réalité, à y regarder de près, la plupart des délinquants qui n'habitaient pas à Tombouctou étaient des jeunes gens désœuvrés, des *boys* sans emploi ou des personnes récemment libérées de la prison. L'augmentation des délits dans le centre de Tombouctou pouvait s'expliquer par d'autres raisons, mais elle résultait essentiellement de la présence des vagabonds qui n'éprouvaient aucun goût pour le travail. Cette

situation était certes passagère, mais quand même regrettable. Il n'en est pas moins certain que la prison même prolongée ne constitue pas un moyen efficace d'amender cette catégorie de jeunes récidivistes peu soucieux de leur réputation et que cette situation suggère les avis de quelques établissements analogues aux colonies pénitentiaires »¹⁶. Il ressort de ce rapport que la tâche particulière réservée au *cadi* de Tombouctou, qui est une autorité respectée de la ville de par ses connaissances en droit islamique, était difficile.

Askia avait donné des pouvoirs étendus au *cadi* de Tombouctou. Ce dernier veillait à l'orthodoxie des pratiques religieuses conformément à la doctrine malékite. Toute déviation était blâmée et punie. L'exemple type est le fait que, Askia traquait les partisans de Sonni qui professaient la *Shahada*, (profession de foi) qui avaient des mosquées et qui adoraient en même temps des idoles et pratiquaient la magie. Les princes païens qui gouvernaient des communautés musulmanes, contre ceux qui étaient musulmans et qui opprèsaient leurs peuples et pillaient les caravanes, n'ont pas fait exception à la volonté de celui-ci¹⁷. Le *cadi* est le symbole de l'islamisation. Les musulmans considéraient la justice comme un des attributs d'Allah. D'où la crainte d'exercer la fonction de la judicature. La fonction était redoutée et les candidats étaient peu nombreux. Il arrivait parfois qu'Askia fût amené à user de son autorité pour nommer des magistrats musulmans. Il en était ainsi, à la mort du *cadi* de Djenné en 1539-1540 l'Askia Ishaq 1^{er} envoya un commissaire extraordinaire pour nommer de force le grand érudit Mahmoud Baghayogo¹⁸.

¹⁶ « Rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigène », Tombouctou le 1^{er} octobre 1906 par le commandant de cercle.

¹⁷ Par les *Tarikhs*, on voit qu'un des soucis majeurs de l'Askia fut de combattre les mauvais musulmans et de les ramener à l'orthodoxie

¹⁸ A l'arrivée de l'envoyé, le chef de Djenné et ses subalternes rassemblèrent tous les habitants de la ville ainsi que les juristes qui s'y trouvaient et convoquèrent Mahmoud Baghayogo qui ignorait ce dont il s'agissait. On se saisit de sa personne et, en le maintenant de force, on lui passa sur les épaules les deux boubous que l'Askia avait envoyé pour lui et on le ceignit d'un turban, tandis qu'il se lamentait et versait des larmes comme un enfant. On l'investit malgré lui et on lui donna lecture de la lettre de l'Askia. Puis

Sous le règne d'Askia Daoud, les deux frères Baghayogo, fils de Mahmoud, se réfugièrent à la mosquée pendant plusieurs jours pour échapper à la nomination forcée aux fonctions du cadi de Djenné. A Tombouctou le poste de cadi fut détenu pendant tout le XVI^e siècle par la grande famille des Aqit, les maîtres de Sankoré. Les Aqits tirèrent leur pouvoir et leur prestige de la fonction des cadis qui faisait d'eux les maîtres incontestés de la ville. Le cadi était le premier magistrat de la cité¹⁹. Pour la majorité des juristes le juge doit être pieux, c'est-à-dire il pratique le culte et ses recommandations, évite les grandes fautes et les actes blâmables.

Les Hanéfites enseignent quant à eux qu'un homme corrompu peut être juge en cas de nécessité. Les Malékites recommandent que le juge évite autant que possible les péchés véniels et la fréquentation des gens de mauvaise réputation, qu'il soit aisé afin d'échapper à la corruption, qu'il ne soit pas un homme compliqué. En outre, le cadi de Tombouctou était considéré comme un grand dignitaire de la cité, un jurisconsulte compétent qui contribuait largement à l'épanouissement intellectuel et religieux de la ville de Tombouctou. L'un des cadis le plus célèbre du XVI^e siècle fut le cadi Mahmoud. Il réforma la justice par la répression des abus et mit fin à la corruption dans les tribunaux. En sa double qualité d'Imam de la mosquée de Sankoré et cadi, il enseignait le droit et diffusait le *Précis* de Sidi Khelil qui devint le manuel des jurisconsultes de Tombouctou. Ses pas ont

comme l'ordonnait celle-ci, on lui amena un cheval pour le transporter à la maison.

¹⁹ Les divergences des auteurs musulmans à propos des premiers temps de l'islam sont souvent représentatives de reconstructions historiques liées à des débats postérieurs. Les contradictions relatives aux premiers cadis pourraient ainsi justifier les soupçons pesant sur leur histoire. Mais au-delà des incertitudes dont elles se font l'écho, les sources reflètent une image cohérente de la judicature primitive. Les listes que fournissent Ḥalīfa b. Ḥayyāt, Wakī' et al-Ṭabarī s'accordent à distinguer l'histoire des premiers cadis à Médine, capitale de l'empire en formation, et dans les autres villes du Moyen-Orient. À Médine, les sources mentionnent un nombre très réduit de « cadis ».

été suivis par ses enfants²⁰ dont le plus connu d'entre eux fut El Aqib, un malékite intransigeant et un puriste intolérant. Il rendait la justice avec fermeté et ne tolérait pas la moindre faute. C'est ainsi qu'un muezzin, qui s'obstinait à prononcer le « b » à la place du « y »²¹, déformant ainsi le sens d'un mot du texte religieux et qui refusait de s'amender, fut condamné à mort par le cadî El Aqib²².

Par ailleurs, il est important de souligner que l'œuvre d'islamisation n'était pas le seul fait d'Askia. Les marabouts missionnaires qui sillonnaient l'Empire Songhay avec leurs livres et leur prestige y contribuaient très largement aussi. Ces marabouts se déplaçaient le plus souvent pour rendre visite à des amis, à des talibés ou disciples. Ils en profitaient pour enseigner et éclairer les musulmans sur la théologie et le droit²³. Comme on le voit, il y a des règles particulières de désignations du cadî. C'est pourquoi, il est un organe régulateur.

2. L'institution judiciaire du cadî : un organe régulateur

Le cadî dispose de plusieurs fonctions : administrative, religieuse, judiciaire et civile.

En ce qui concerne la première, il procède à l'exécution des testaments et des successions, et contrôle même la conservation des objets trouvés. Les notaires l'aident dans ces tâches et tiennent les registres des jugements, des biens des orphelins, etc. Plus largement encore, le cadî exerce des fonctions d'ordre public. En cas de pénurie

²⁰ Ses fils lui succédèrent pendant le reste de restes du siècle : Mohammed (1548-1565), El Aqib (1565-1583), Abdou Hafs Oumar (1585-1592).

²¹ Le problème qui se posait et qui se pose encore était celui de la compréhension des textes sacrés écrits en arabe. L'instruction n'avait pas gagné la masse des croyants. Le grand Askia était lui-même illettré. Il déplorait cette situation au début du XVI^e siècle et il dénonçait les marabouts qui prétendaient connaître la loi et la religion sans comprendre la langue arabe.

²² Tarikh el-Fettach, 1964, p. 226-227.

²³ Les missionnaires ont eu une grande ampleur à partir de l'élan donné par Askia Mohammed. La masse des fidèles restait cependant illettrée sauf dans certaines villes comme Tombouctou.

il peut obliger les commerçants spéculateurs à vendre leurs marchandises. En l'absence du Muhtasib²⁴, il contrôle la voie publique et l'urbanisme. Dans certaines périodes de l'islam, au moment où les pouvoirs politiques étaient inconsistants, il arrivait que les cadîs prennent en charge l'administration publique. Vis-à-vis du pouvoir politique, ils sont en quelque sorte le dépositaire de la légitimité, et tout nouveau calife ou prince s'empresse de convoquer les ulémas et les cadîs pour leur demander leur avis.

Concernant la seconde fonction religieuse du cadî, outre la gestion des biens, le cadî est considéré comme l'administrateur des biens de la religion, il surveille l'administration des mosquées. Dans la mosquée il lui est permis d'infliger des peines à ceux qui troubleraient le culte, mais il ne peut appliquer la sentence dans l'enceinte. Il peut présider la prière du vendredi, prêcher, conduire diverses prières (enterrements, prière pour la pluie, etc.). C'est lui qui annonce l'apparition du croissant lunaire pour le début du mois de Ramadan. C'est devant lui qu'un nouveau converti à l'islâm vient prononcer la chahâda qui l'admet dans sa nouvelle communauté.

Dans sa fonction judiciaire, le cadî est secondé dans sa tâche par de nombreux auxiliaires : les jurisconsultes, les muftis²⁵ assistaient aux audiences et avaient droit à la parole, l'huissier, le secrétaire qui établit les actes judiciaires, les notaires chargés des inventaires et de la

²⁴ Le muhtasib est un fonctionnaire de la cité musulmane, chargé de la police des marchés, du contrôle des poids et mesures, et aussi, d'une façon générale, de veiller à la bonne conduite de tous en public, éventuellement réprimer les abus, conformément à la loi et en réalisant la doctrine de la hisba qui est basée sur le principe coranique « Encouragez ce qui est bon, et interdisez ce qui est mauvais ». Selon al-Mawardi, le muhtasib « doit encore veiller à ce que les bêtes de somme soient bien traitées, et n'aient pas à fournir, elles non plus, un travail au-dessus de leurs forces ».

²⁵ *Le muftî*. C'est un savant, capable de répondre à des questions de droit et de religion, un jurisconsulte. La fonction était libre au début. Elle a joué un grand rôle dans la formation du droit musulman et dans son évolution : les grands juristes préféraient être muftî plutôt que juges. Par la suite, il y eut des muftis fonctionnaires (les premières nominations sont rapportées à 'Umar II Ibn 'Abd al-'Azîz), mais les muftis libres ont toujours existé parallèlement et existent toujours.

validation des actes de tous genres. Les sentences étaient aussitôt exécutées par le chef de la police. Le cadi prononçait le plus souvent des peines de bastonnades, d'amendes ou d'emprisonnement. Les actes de vol, les crimes étaient relativement rares à Tombouctou où les mœurs étaient raffinées et le port d'armes presque interdit. Le cadi gérait les affaires courantes, qui concernaient, les héritages, les différends entre marchands, les problèmes d'ordre social. C'est lui qui enregistrait les reconnaissances de dettes, les contrats de ventes et d'achat, les actes d'affranchissement des esclaves, etc. Il procédait à la répartition des héritages, validait les donations. Il était le chef de la religion et sa signature était nécessaire pour toute validation.

Le cadi assumait d'autres fonctions civiles. Il était le premier magistrat de la ville, gardien de la liberté des hommes libres. De même le cadi intervenait dans les crises de succession, soit pour réconcilier les frères ennemis, soit pour plaider en faveur du plus faible. Maître de la ville de Tombouctou, il surveillait les pratiques religieuses, sévissait contre les mauvaises mœurs, confirmait la nomination des imams des mosquées.

A côté du principal cadi de la ville, certains quartiers environnants ou certains carrés habités par d'autres groupes ethniques avaient leurs cadis chargés de juger les affaires du groupe ou du quartier. Leur procédure consistait plutôt à organiser un arrangement entre membres du groupe au lieu de rendre une véritable décision de justice exécutoire. Mais dans ce cas, la saisine du cadi de la ville dont la justice était souveraine n'était pas à écarter.

Au plan financier, le cadi tirait des revenus importants de sa fonction. Il était un des personnages les plus riches de la cité, non seulement par ses affaires personnelles gérées par ses talibés et ses esclaves, mais aussi par les recettes tirées de la fonction. Le cadi percevait des droits d'enregistrement et certaines amendes lui servaient de rémunération. La corruption étant réprimée, il est pourtant difficile de dire la signification des cadeaux que recevait le grand magistrat de la ville. En principe, la justice était gratuite ; c'était un devoir de piété de réconcilier les musulmans.

En revanche toutes les affaires ne tombaient pas sous la compétence des cadis, il y en a certaines qui lui échappent, qui sont

réservées à la justice coutumière, non musulman. Cela signifie que l'islamisation de la ville n'étant pas pleinement réalisée, certaines localités vivaient encore sous le régime de leurs coutumes, et la justice était rendue par les chefs traditionnels assistés des notables du village. Il en était ainsi de Djenné, pourtant islamisée, jusqu'à l'avènement d'Askia Mohammed 1^{er} qui nomma le premier cadî, les coutumes variaient d'un peuple à l'autre et réglementaient la vie sociale et l'éthique du groupe.

A Gao, le conseil d'Askia jouissait d'un pouvoir judiciaire souverain. Il siégeait pour les affaires politiques, pour juger les grands dignitaires de l'Etat, les complots et les hautes trahisons. La décision appartenait à Askia dont la volonté souveraine était respectée. Les peines étaient généralement sévères : noyade, bastonnades à mort, emprisonnement perpétuel. Vers la fin du siècle Askia Ishaq II institua un tribunal des mœurs à Gao pour juger des affaires d'adultère. Le cadî avait un tambour de souveraineté devant lequel se tenait le tribunal. L'indépendance du cadî est absolue, c'est un juge à compétence universelle.

B. Un juge à compétence universelle

A Tombouctou, la justice est assurée par le cadî²⁶ qui préside une juridiction à compétence universelle et juge sans appel en premier et dernier ressort²⁷. Autour de lui gravitent un certain nombre d'auxiliaires, notaires, aides, portiers. A côté de lui, on trouve le muftî²⁸, qui est souvent un futur cadî. Mais les historiens ont démontré l'existence d'autres juridictions qui avaient tendance à restreindre la compétence du cadî et qui étaient variables suivant les

²⁶ L'institution du cadî commença probablement à se développer à l'extérieur de Médine : les sources mentionnent l'existence de cadîs dans les *amṣār* dès leur fondation, sous le calife 'Umar. Peut-être ce dernier –dont l'œuvre d'organisation des territoires conquis ne peut être seulement légendaire– intervint-il directement dans la mise en place de ce système.

²⁷ **Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 621-668.**

²⁸ *Op. cit.*, p. 622.

époques et les régions. Mais il est vrai que la compétence du *cadi* en matière de statut personnel n'ayant été que rarement contestée lui conférait toujours plus de prestige et d'ascendant sur les autres magistrats. Le statut privilégié du *cadi* lié à son rôle de régulateur social lui confère un caractère particulier (1). La procédure judiciaire suivie devant son prétoire qui fera l'objet d'une analyse plus fouillée nous en éclaircira davantage (2).

1. Un juge à caractère particulier

La légalité du jugement doit reposer sur le Coran, la Sunna et le consensus des *ulémas*. Cependant, il convient de se demander si la fonction du juge revêt un caractère obligatoire ou non ? La question cruciale qui se pose est celle relative aux conditions exigées par la loi pour l'exercice de la judicature. Selon la doctrine musulmane le *cadi* doit être musulman, pubère, sain d'esprit, libre (c'est-à-dire non-esclave), de sexe masculin. Il doit jouir de la vue, de l'ouïe et de la parole. Il doit savoir lire et écrire en arabe et avoir l'esprit vif. Il doit maîtriser le Coran, l'exégèse coranique, la Sunna, la doctrine concordante et divergente des *ulémas*. Il est en outre exigé du *cadi* de remplir d'autres conditions de moralité et d'éthique : la droiture, l'impartialité, l'honnêteté, il ne doit pas avoir été condamné pour un faux témoignage, ou une imputation calomnieuse de fornication. En effet, le juge doit être honorable, il ne doit pas accepter de cadeaux douteux, ni répondre à des invitations intéressées.

Concernant la première question, à savoir si la fonction du *cadi* est une obligation, la doctrine des *ulémas* enseigne que la fonction de juger est une obligation collective (*fardul kifayat*). La fonction *cadiale* doit être assurée par le *cadi* en personne ou par ses suppléants. Un musulman remplissant les conditions d'aptitude à l'exercice de la judicature n'est pas autorisé à décliner la charge à moins de se faire remplacer par quelqu'un de plus compétent.

Certains auteurs estiment à l'unanimité que le juge nommé par l'autorité supérieure et son consentement n'est pas nécessaire, car sa nomination est considérée comme un ordre exécutoire et, au besoin, il peut être mis à l'amende, emprisonné et battu en cas de désobéissance. Toute nomination obtenue par la corruption doit être

déclarée nulle selon la doctrine musulmane. L'acte de juger est considéré une œuvre pieuse et charitable et doit s'exercer dans la mosquée ou dans un autre lieu approprié aménagé à cet effet.

Le prétoire du cadî doit être ouvert au public, situé au centre de la ville. Il ne doit pas y avoir d'huissier qui empêcherait les gens d'assister à l'audience. Le cadî est tenu de rendre la justice selon le Coran et la *Sunna* dans toute la mesure du possible. S'il ne trouve pas de solution dans les textes, il recourt à l'*Ijtihad* (la jurisprudence), au *kiyas* (le raisonnement analogique) ou l'*Ijma* (le consensus des Ulémas) et le *Ray* (l'opinion personnel du juge). La vocation du juge de Tombouctou consistait à rendre la justice entre les particuliers, faire exécuter ses jugements, contrôler l'activité de ses délégués : témoins, notaires, muftis. Il devait protéger le faible et se considérer comme le tuteur des désertés, il devait également assurer le rôle de wali (tuteur matrimonial).

Après sa nomination, le cadî reçoit une sorte de brevet qui délimite sa compétence territoriale et matérielle. Il reçoit en même temps des signes distinctifs variables suivants les pays et les époques : une toge, un turban et un sceptre etc. A la suite du quoi, il est solennellement investi et déclaré apte à exercer la profession. Il arrive que les affaires pénales lui soient explicitement retirées. Le cadî exerce des fonctions multiples : il est juge unique, juge d'instruction, le représentant du procureur et le juge d'application des peines. Il peut s'entourer d'un conseil consultatif constitué de notaires ; il peut également consulter un mufti sur une question de droit bien déterminé. Mais, il doit prendre sa décision tout seul.

Le cadî peut nommer des délégués à qui il confie une partie de ses charges. On parle de délégation partielle de compétence, ce qui lui permettrait d'assurer la justice dans les zones les plus reculées de sa juridiction. Mais ce type de délégation n'entraîne pas l'existence de différents degrés de juridiction : chaque cadî délégué a la plénitude de sa juridiction. Mais le système de délégation favorise l'absentéisme et les abus de pouvoir²⁹. Dans son comportement, le juge doit être

²⁹Les cadis n'ont jamais pu former une justice de robe inamovible, mais à partir du milieu du moyen âge (5^e/XI^e siècle) le concept de délégation se

impartial et ne doit pas favoriser une partie au détriment de l'autre. Il doit accorder un temps de parole équitable entre les différentes parties. Il est interdit au *cadi* de rendre la justice sous l'empire de la colère ou en cas de maladie, de colère, de tristesse et de grande joie.

En dehors des hanafites qui reconnaissent la compétence de la femme à exercer la judicature et acceptent son témoignage en justice, les autres rites les écartent estiment que la femme est inapte et elles sont écartées de la judicature. Les hanéfites admettent qu'une femme puisse être juge en matière de biens, puisque le rite admet son témoignage dans ce cas. Selon les chaféites, une mosquée ne doit pas être le siège du tribunal du *cadi*, dans la mesure où elle est fréquentée par toutes sortes d'individus mécréants, corrompus, impurs et des gens qui ne respectent pas les attitudes loyales que tout croyant doit honorer à l'intérieur de ce lieu saint. Les autres rites admettent que la mosquée soit le siège du tribunal, à l'exemple du Prophète et des Compagnons. En revanche, les autres rites estiment que la mosquée est le seul lieu approprié pour le traitement des contentieux conformément à la *Sunna* du Prophète et de ses Compagnons.

L'organisation judiciaire du *cadi* possédait déjà ses caractéristiques classiques, bien au contraire. Les règles des procédures n'étaient pas fixées, le droit auquel les *cadis* se référaient était avant tout coutumier et leurs jugements ressemblaient parfois à s'y méprendre à des sentences arbitrales. En effet l'organisation judiciaire du *cadi* avait ses caractéristiques séculaires qui lui étaient propres. Aucune règle de procédures n'était préalablement établie et son jugement reposait d'abord sur le droit coutumier et ressemblaient parfois à des sentences arbitrales.

modifia, et les juges se considéraient bien plus comme les mandataires de la communauté que comme ceux des sultans ou de tel ou tel grand *cadi*. Le fait est remarquable pour les *na'ib* (*cadis* nommés par un autre *cadi*) qui ne se considéraient plus destitués à la mort du *cadi* qui les avait nommés (Tyan, *Judicial*, 239-240). D'ailleurs il était admis qu'un juge puisse juger le calife qui l'avait nommé, ce qui indique bien que l'un et l'autre se considéraient nommés par la communauté. Le fait que, en théorie du moins, il n'existe pas de catégories de justiciables, tous les musulmans étant soumis au même juge, a grandement facilité ce glissement.

2. La procédure judiciaire cadiale

A cet effet, nous allons porter une attention toute particulière à la procédure de saisine du cadî, au mécanisme de la représentation, à la capacité d'ester en justice et enfin aux modes de preuves recevables devant le tribunal musulman. Le cadî ne dispose pas de pouvoir d'auto-saisine. Plus particulièrement pour les affaires pénales, aucune action judiciaire ne peut être intentée en dehors d'une plainte déposée au préalable devant son prétoire³⁰. On se trouve ici devant une situation intermédiaire entre la justice privée et l'action publique. Toutefois, en ce qui concerne les affaires relatives à l'ordre public et à la Charia, l'intérêt à agir des justiciables devant le cadî est largement admis et la fonction du procureur est assurée par la police.

Le recours au cadî n'est pas obligatoire pour les parties, et toutes possibilités d'accords et de règlements à l'amiable restent possibles. Ce système favorise le choix d'ester en justice pour certains groupes sociaux comme les confréries, les corporations etc. La validation de l'action doit obéir à un certain nombre de conditions. Le demandeur doit être un majeur capable, ayant un esprit de discernement. Mais l'enfant mineur peut aussi ester en justice par l'intermédiaire de son curateur ou d'un représentant légal. Ces conditions sont également exigées du défendeur ; ce dernier doit être identifié et présenté à l'audience. L'objet de la plainte doit être suffisamment déterminé, connu par le défendeur et les témoins. Il doit être licite, et conforme aux normes islamiques.³¹ En d'autres termes, la demande n'est recevable que lorsqu'elle est assujettie aux conditions exigées par la Charia. De ce fait, le cadî peut obliger le demandeur à apporter plus de précision sur la licéité de son action et sur son identité personnelle.

En fait, selon le régime juridique auquel elles sont soumises, les parties peuvent se faire représenter au procès soit par un tuteur ou

³⁰ Si le maître des mazâlim peut se saisir lui-même dans tous les cas, si le muhtasib peut aussi le faire dans de nombreux cas.

³¹ On ne peut demander être reconnu pour père d'un prétendu fils plus vieux, ni réclamer du vin d'un musulman, ni exiger une aumône volontaire... Dans ces cas l'action est rejetée comme nulle.

par un curateur. Le critère de distinction entre le demandeur et le défendeur est important chez les malékites, elle conditionne tout le déroulement du procès, et, le cas échéant, déterminer en faveur de qui joueront les présomptions. Dans une contestation de propriété par exemple, c'est le possesseur. Par exemple, selon Khalil³², est considérée comme défendeur, la personne dont les allégations sont conformes à la véracité des faits allégués. Dans un litige portant sur la revendication d'une propriété, le possesseur doit être considéré comme le propriétaire du bien litigieux. Pour les hanéfites, le demandeur est celui qui n'est pas contraint au procès, s'il abandonne, à l'inverse du défendeur qui ne peut abandonner.

En ce qui concerne la compétence territoriale et matérielle, les litiges doivent être portés devant le tribunal du lieu du défendeur. Pour les contentieux immobiliers, il est d'avis que le tribunal compétent est celui du lieu qui abrite l'immeuble en question. Cependant en cas de pluralité de juges professant des rites différents, le choix du défendeur est prépondérant. Mais les parties peuvent se mettre d'accord pour en décider autrement. La procédure suivie devant le *cadi* est orale, libre et contradictoire, ce dernier ne peut rendre un jugement par défaut contre une partie absente ou non représentée. Le juge doit privilégier la transaction ou le règlement à l'amiable. Le calife Umar a rapporté dans ce sens un hadith du Prophète qui dit : « poussez les adversaires à faire la paix, car si le jugement tranche le litige, il en restera des rancœurs. »

Le demandeur expose d'abord ses allégations, ensuite le défendeur apporte ses preuves. S'il admet les prétentions du demandeur, l'affaire sera terminée en faveur du demandeur. Si le défendeur n'admet pas les allégations portées contre lui, le procès se poursuivra par l'exposé des preuves des demandeurs. S'il n'a qu'un seul témoin, le demandeur peut compléter par un serment (les hanéfites refusent cette solution). Le défendeur peut demander un délai ses propres preuves. Sinon, après une admonestation finale du juge adressée au pour apporter défendeur le procès se termine en faveur du

³² Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 621-668.

demandeur. En revanche si le demandeur n'apporte pas de preuves tangibles le juge demande au défendeur de prêter serment (serment déféré). Et le procès est terminé en sa faveur.

Le principe *non bis in idem* (on ne recommence pas le même procès) n'est pas d'usage en droit musulman. Il n'est pas rare chez les musulmans de refuser de prêter serment et au cas échéant, le procès est clos et le cadî tranche en faveur du demandeur selon l'école hanafite et hanbalite. Ce désistement, fondé sur le refus du serment est considéré comme un aveu. Selon l'interprétation des hanafites, le juge doit prévenir par trois fois le défendeur sur les conséquences de son refus de prêter serment. Pour les malékites, le juge doit inviter le demandeur à prêter serment (serment référé)³³. Le jugement sur le fondement d'un refus de serment ne peut pas être prononcé en toutes matières³⁴.

Le cadî doit adresser une dernière interpellation au demandeur avant de rendre le verdict : « Te reste-t-il un argument ? » Après avoir examiné religieusement la véracité et la matérialité des preuves, le cadî rend son jugement. Les adûl³⁵ (greffiers) assistaient aux audiences et se chargent de l'inscription des actes et l'enregistrement des pièces sur un registre appelé *Sijjil*. Comme la production de témoins n'est pas chose facile, il est souvent essentiel de savoir qui est le défendeur

³³ Pour les hanéfites et chaféites c'est seulement une partie qui peut exiger le serment de l'autre partie.

³⁴ Avec quelques divergences de détail, on peut dire qu'en général les fuqahâ' admettent ce type de jugement pour les procès concernant les biens, mais qu'ils ont des réticences pour ce qui concerne "les droits de Dieu" : la filiation et le mariage, et, encore plus quand il s'agit de questions pénales, comme les *hudûd*, ou de questions relatives au culte. Pour eux, le refus de serment est un *badhl* (comme un don, un sacrifice, un acte de générosité) qui ne peut avoir d'effet qu'en matière de biens. Ou encore, en matière pénale, parce qu'il y a doute (puisque l'accusateur n'a pas de preuves) et que le doute écarte les *hudûd*.

³⁵ Ils jouent le rôle d'enregistreurs de contrats et délivrent les actes. Auprès du cadî, ils sont originellement des témoins ; ils étudient la cause, prennent connaissance des pièces écrites, constatent les faits, ne sont pas insensibles peut-être à la « commune renommée », c'est-à-dire aux « bruits » de la rue, et fournissent au cadî les éléments matériels de sa décision.

et qui est le demandeur, d'autant plus que les présomptions jouent en faveur du défendeur.

Examinons de plus près ces modes de preuves. Le mode de preuve consacré par le Coran et la Sunna et recevable devant le cadi est la preuve testimoniale qui atteste l'exactitude matérielle des faits. Le témoignage constitue une obligation pour les témoins qui ne peuvent le refuser si le plaignant les cite à comparaître devant le cadi. Les conditions requises en matière de témoignage sont définies par les traités de fiqh. Le témoin doit être pubère, musulman, sain d'esprit, capable de s'exprimer, avoir la capacité de discernement, être témoin oculaire des faits d'où le rejet du témoignage apporté par un aveugle, pour certains ulémas. La loi musulmane pose des conditions restrictives en matière de crime de fornication (zina) : les témoins doivent être de sexes masculins et au nombre de quatre. Ils doivent assister à l'accomplissement de l'acte de fornication de manière concomitante. Le témoin doit être une personne ayant assisté personnellement aux faits, mais sa présence physique au tribunal du cadi n'est pas nécessaire, il peut se faire remplacer par quelqu'un d'autre qui témoigne en son nom. Mais pour ce faire, la non présence physique du témoin oculaire doit être valablement autorisé par le cadi.

Concernant l'aveu, à l'image de la preuve testimoniale, l'avouant doit être libre, pubère, sain d'esprit, capable de s'exprimer librement. L'aveu de l'esclave est recevable. Mais la question qui se pose est de savoir si l'aveu de dettes en matière de succession fait par un débiteur à l'article de la mort peut être recevable. Pour les malékites, hanéfites et hanbalites il faut que le bénéficiaire de l'aveu soit étranger à la succession, sinon l'aveu n'est reconnu que si les cohéritiers de l'avouant y consentent.³⁶

³⁶ En pratique l'aveu se produit rarement. Si le droit ne pose pas de multiples conditions de validité, c'est que l'aveu n'a qu'une validité restreinte : il ne s'impose pas au juge, ni aux tiers, mais seulement à l'avouant. C'est pourquoi le juge peut n'en pas tenir compte si l'aveu lui semble absurde, contradictoire avec les faits, illicite dans sa cause (vente de vin) ou dans ses effets (libéralité à un héritier), ou contraint, etc. Dans un aveu libre, il y a toujours une part de doute, comme dans le refus de serment. La preuve parfaite, le double

En outre, le serment est considéré comme un engagement solennel qui prend le Seigneur à témoin sous peine de sanction à l'au-delà en cas de mensonge.³⁷ En droit malékite et zaydite, on trouve le serment de suspicion (*yamîn at-tuhma*). Le but de ce serment, prêté par le demandeur est d'obliger le défendeur à écarter le soupçon par un serment ou des preuves. Le serment cinquantenaire est une procédure ancienne en matière criminelle, pour laquelle il faut distinguer les différentes positions consacrées par les rites. En cas d'homicide volontaire, si le meurtrier est connu avec insuffisance de preuves, les malékites préconisent le recours à la procédure *qasâma* (co-jureurs).

Le juge exige cinquante serments des demandeurs (famille de la victime en général), ce qui leur permet de revendiquer le droit de talion (*al had*). C'est donc un moyen de confirmer la culpabilité du présumé meurtrier lorsque les preuves sont insuffisantes. Mais il fallait des présomptions suffisantes et Malik n'en reconnaissant que deux : le mourant avait désigné son assassin, ou bien il n'y avait qu'un seul témoin (ce second cas est dit présomption).

Dans un pareil cas, les présomptions sur la culpabilité du meurtrier doivent être irréfragables, et l'école malékite n'en reconnaît

témoignage lui est supérieur, en théorie du moins. Dès lors l'aveu ne peut faire preuve en toute matière. Au pénal, il fait preuve, mais le plus souvent il peut être rétracté (voir chapitre pénal). En revanche, au civil, il ne peut être rétracté.

³⁷ Les conditions du serment sont d'abord d'être pubère et sain d'esprit. On ne peut se faire représenter pour un serment. Si c'est un mineur qui est défendeur, on attend sa majorité ; si c'est un fou, on attend sa guérison. Autant de cas où l'action a peu de chances d'aboutir à bref délai. Il faut ensuite que celui qui prête serment le fasse dans le moment légal du procès. Il faut enfin que le serment soit proféré dans les mêmes affaires où l'aveu est admis, en général dans les matières où le *badhl* (la générosité, le sacrifice de son bien) est permis, donc pas en matière pénale ou en matière non financière de statut personnel. Aucune condition de sexe, de religion, d'honorabilité n'existe. Toutefois Mâlik exige que le demandeur prouve ce qu'il appelle la *khulṭa* (le mélange, la société), qui est semble-t-il une condition prouvant qu'il y a bien relation entre le demandeur et le défendeur ; cela pour éviter des procès contre les gens de bien de la part d'un bas peuple voulant exploiter les scrupules d'un homme pieux et riche (AZ-ZUHAYLI, 6, p. 598).

que deux : c'est d'abord lorsque la personne mourante avait préalablement indexé son assassin avant de mourir ou, ensuite, si un seul témoin atteste avoir clairement reconnu le meurtrier.

Si les demandeurs refusent de jurer, si le meurtrier est inconnu, si le crime n'est apparemment pas intentionnel, les cinquante serments sont déferés à la défense, c'est-à-dire à ceux que soupçonne la famille de la victime : voisins ou habitants du village (où le cadavre a été trouvé,) ou équipage (si le crime a été commis sur un bateau), etc. Chaque personne doit jurer qu'il n'est pas le meurtrier et qu'il ne le connaît pas, mais elle devra participer au paiement de-la diyya.

Si le meurtrier est inconnu et les demandeurs refusent de prêter serment, les cinquante serments, sont déferés à la défense. Chaque voisin, ou habitant du village où le cadavre a été découvert, chaque membre de l'équipage, (si le crime a été commis sur un bateau), devra jurer qu'il n'est pas le meurtrier et ne connaît pas le coupable. Mais tous les co-jureurs seront obligés de participer au paiement de la diyya (composition pécuniaire).

Contrairement aux droits du Moyen Age et au droit préislamique, le droit musulman ne fait pas de place à l'ordalie. Le jugement n'est pas fondé sur l'intime conviction du cadî, mais sur le système des preuves légales. La loi fixe elle-même le poids des différentes preuves et le juge doit s'y conformer. Le système a l'avantage de dégager totalement la responsabilité du juge. Il peut aboutir à des solutions curieuses : par exemple, si, dans une contestation de propriété, le demandeur et le défendeur apportent chacun en leur faveur deux témoignages irréprochables (procès double), le juge partagera la propriété équitablement entre eux.

La question qui se pose est de savoir si le juge peut prendre en considération les faits qu'il connaît lui-même et qui n'ont pas été révélés à l'audience. De cette interrogation, les tenants de l'école malékite ont répondu par la négation.³⁸

³⁸ Oui concluent les chaféites, mais sauf pour quatre hudûd (vol, brigandage, fornication, consommation d'alcool). Les hanéfites ont longtemps distingué le savoir du juge acquis hors de sa période et hors de son territoire de compétence, qui ne peut être utilisé, du savoir acquis pendant sa période de

Lorsqu'une double affaire est soumise à la connaissance du juge, il sera nécessaire de procéder à l'ordonnancement des preuves. L'aveu ou le serment l'emportent sur les autres modes de preuves. Dans ce genre de procès, le juge utilise toutes ses prérogatives : il peut exiger une double prestation de serment des parties, récuser des témoins et apprécier souverainement les faits, tout en se basant sur des présomptions légales.

A défaut de preuves suffisantes, le juge fait recours aux présomptions qui constituent des signes apparents derrière les faits. L'étude des présomptions est une matière subtile où pullulent les divergences. Par exemple, il y a d'abord les présomptions tirées de probabilités objectives. La *Majalla* retient que l'homme qui sort d'une maison, un couteau à la main et plein de sang, alors qu'il y a un cadavre égorgé dans la maison, est probablement considéré comme l'assassin. Dans une contestation portant sur le recouvrement d'une dette entre un riche et un pauvre, il est peu probable que ce dernier soit considéré comme le créancier du premier. Il y a des présomptions tirées de la coutume : dans une contestation après divorce relative aux objets de la maison, il est probable que le cheval et le fusil appartiennent à l'homme et que les bijoux, les miroirs et les parures appartiennent à la femme³⁹.

II. Le cadî de Tombouctou, un magistrat subordonné au pouvoir colonial

Il est important de rappeler qu'en 1822, 1837 et 1903, une vaste réforme judiciaire a donné lieu à une réorganisation des services judiciaires dans toute l'Afrique occidentale française (AOF) distinguée par la mise en place de deux catégories de juridictions, dont l'une

fonction et dans les limites de sa compétence qui peut être utilisé sauf pour les quatre *hudûd* cités. Ils se rallièrent tardivement à la solution malékite et hanbalite, en raison de la corruption des temps. Le savoir toutefois peut permettre au juge de récuser un témoin. Il n'est donc pas strictement soumis au système des preuves légales.

³⁹ Voir notamment, J. SCHACHT, « An Introduction to Islamic Law », *Revue internationale de droit comparé*, 1965, n° 32, p. 621.

pour les sujets et l'autre pour les citoyens français: Pour les premiers ce sont les juridictions de droit moderne qui appliquaient essentiellement le droit français et en ce qui concerne les indigènes, ce sont les juridictions de droit local qui jugeaient selon la loi coutumière. A cette époque la juridiction cadiale était sous l'autorité du pouvoir colonial (A) qui se manifestait par le contrôle de leurs activités (B).

A. Le cadi sous l'autorité du pouvoir colonial

Le cadi est un juge spécialisé en matière de droit musulman. Il est compétent dans le règlement des affaires civiles; telles que le mariage, le divorce... Son rôle essentiel consiste à statuer sur les contentieux et le statut personnel des indigènes en se basant sur la jurisprudence musulmane, mais dans le strict cadre de la réglementation imposé par le droit colonial. Le cadi de Tombouctou est installé dans le local municipal, officiant sous la responsabilité directe des autorités françaises et du maire (1). Le maire de la ville, quant à lui, s'occupe exclusivement de ses administrés de nationalité française. Les réformes judiciaires ont confiné le cadi de Tombouctou dans un isolement juridique, qui lui laissait peu de pouvoirs (2).

1. le cadi dépossédé de son pouvoir juridictionnel

La France avait élaboré pour ses colonies d'Afrique noire une organisation judiciaire aussi proche que possible du système métropolitain. En Afrique occidentale, les deux premiers tribunaux de droit français ont été ceux de Gorée et de Saint-Louis, créés par une ordonnance du 7 janvier 1822. Le 24 mai 1837 était instituée une Cour d'appel à Saint-Louis (remplaçant le Conseil d'appel prévu par la première de ces ordonnances) et des tribunaux sont institués à travers l'AOF jusqu'en 1902. Ainsi, les ordonnances se succédèrent aux ordonnances puis les décrets aux décrets jusqu'en 1958. L'organisation judiciaire n'a cessé de se développer et de se perfectionner⁴⁰.

⁴⁰ Bakary CAMARA, « Les tribunaux de droit français au soudan : justice de paix à compétence étendue et tribunal de première instance de Bamako : 1903-1959 » article, 2017, p. 4, 3.

Ce système de justice coloniale permet d'unifier les différentes tentatives d'organisation déjà présentes dans certaines colonies. Ces textes, qui concernent en réalité l'Afrique occidentale, contribuent à l'aménagement des tribunaux indigènes en introduisant des originalités. Les cadîs sont dessaisis de leur pouvoir juridictionnel et ne sont investis que d'un pouvoir de conciliation.

La composition et le fonctionnement des juridictions sont désormais réglés par les textes, mais surtout ces organes de jugement sont présidés par les administrateurs coloniaux assistés d'assesseurs choisis parmi les notables de statut coutumier. À plusieurs reprises ces textes vont être remaniés. La circulaire du gouverneur général sur la réforme annonce que, « parmi les réformes progressives qu'impose la puissance civilisatrice, l'évolution des populations indigènes, celle de la justice est sans doute, la plus délicate. L'idée de justice touche au sentiment même du droit des personnes et de la propriété des choses et les textes qui la font respecter ne peuvent subir de changements qu'au fur et à mesure que la conscience individuelle se transforme elle-même, sous l'influence de notre contact et à mesure que des notions de plus en plus précises du droit individuel, se substituent à l'ancienne conscience collective qui ne différenciait guère l'individu du groupe auquel il appartenait. »⁴¹

Cela démontre ainsi que la justice en AOF est différente de celle de la métropole, la France n'a pas exporté aux colonies le principe de séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaires et ce sont les administrateurs de cercle qui, avec des modalités différentes selon les territoires, furent souvent chargés de prononcer les sanctions répressives à l'égard des sujets indigènes. Il n'était pas question d'étendre ce principe aux citoyens français et des juges professionnels furent progressivement chargés du fonctionnement de la justice française.⁴²

⁴¹ANM. circulaire du 22 mai 1924 du gouverneur général sur la réorganisation de la justice indigène publiée au *Journal officiel du Soudan français* du 1^{er} octobre 1924 n° 440, p. 290.

⁴² Voir Antony ALLOTT *et al.*, *Magistrat au temps des colonies : France, Belgique, Grande-Bretagne, Italie*, Espace juridique, Lille, 1988 ; Bernard

Selon les dispositions du décret du 10 novembre 1903, il ressort que les tribunaux de province du Soudan siégeaient aux chefs-lieux des provinces. Ils se composaient de trois juges. A la lumière de cette disposition à Tombouctou, le commandant de cercle était assisté par deux assistants dont le *cadi*. L'intégration progressive de ces magistrats dans l'organisation de la justice coloniale entraîna un certain nombre de tensions avec l'administration. Cette opposition entre ces deux acteurs majeurs du droit colonial a déjà été évoquée par Dominique Sarr dans son travail consacré à la chambre d'homologation de la Cour d'appel de Dakar.⁴³

C'est en effet à partir du moment où des magistrats furent invités à participer à l'organisation judiciaire de ces colonies que certaines questions juridiques furent débattues, notamment celles liées à l'application du code de l'indigénat et de la justice indigène.⁴⁴ La législation applicable par les tribunaux indigènes ainsi organisés était

DURAND, dir., *La justice et le droit : instrument d'une stratégie coloniale*, Mission de recherche droit et justice, Montpellier, 2001, 4 volumes, 1 220 p. ; Bernard DURAND et Martine FABRE, dir., *Le juge et l'outre-mer, Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, 2004.

⁴³ Dominique SARR, « La Chambre spéciale d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF et les Coutumes pénales de 1903 à 1920 », *Annales africaines*, 1975, 101-115 et du même auteur, *La Cour d'appel de l'AOF*, thèse de 3^{ème} cycle, 2 vol., Faculté de droit de Montpellier, 1980, p. 124

⁴⁴ Voir notamment Bénédicte BRUNET-LA RUCHE, *La justice pénale au Dahomey*, mémoire de Master d'Histoire, Université Toulouse 2-Le Mirail, 2008 ; Alix HERICORD-GORRE, *Eléments pour une histoire de l'administration des colonisés de l'Empire français. Le « régime de l'indigénat » et son fonctionnement depuis sa matrice algérienne (1881c.1920)*, Thèse de l'institut européen de Florence, novembre 2008 ; Olivier LE COUR GRANDMAISON, *De l'indigénat. Anatomie d'un monstre juridique. Le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, La Découverte, 2010 ; Laurent MANIERE, *Le code de l'indigénat en Afrique occidentale française et son application au Dahomey (1887-1946)*, Thèse de doctorat d'Histoire, Université Paris 7, 2007 ; Gregory MANN, « What was the indigénat ? The "Empire of Law" in French West Africa », *Journal of African History*, 2009, vol. 50, p. 331-353 ; Isabelle MERLE, « De la « légalisation » de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, 2004, vol. 17, p. 137-162.

énoncée dans l'article 75 du décret : 27. « La justice indigène appliquera en toute matière les coutumes locales, en tout ce qu'elles n'ont pas de contraires aux principes de la civilisation française. »⁴⁵

Cela signifiait en principe qu'en toutes matières, c'est-à-dire y compris dans le domaine criminel, la voix des assesseurs répercutant les coutumes locales devait être prise en compte par l'administrateur. Ces assesseurs étaient donc les garants du savoir juridique local (les cadis). En effet, aux termes de l'article 60 du décret du 10 novembre 1903, le président du Tribunal de cercle était le seul habilité à prononcer les peines.

Le strict respect des coutumes était tempéré par un principe d'atténuation fondamental puisqu'il réservait la possibilité d'écarter du droit local toutes les dispositions qui seraient contraires aux principes de la civilisation française. En ce qui concerne les pénalités applicables, le texte de l'article 75 faisait d'ailleurs lui-même immédiatement une application de cette clause d'incompatibilité en substituant l'emprisonnement aux châtiments corporels. Le partage des tâches organisé au début du XX^{ème} siècle confia donc la justice française à des magistrats pendant que la justice indigène devenait l'affaire de l'administration.

Des tensions éclatèrent entre les deux corps lorsqu'on chargea les magistrats de contrôler les décisions administratives. Le cadî qui a compétence pour traiter toutes les questions relatives au statut personnel et successoral concernant les musulmans et pour toutes les affaires immobilières, lorsqu'il s'agit d'immeubles non immatriculés ou en cours d'immatriculation.

Un agent français, le contrôleur civil ou l'officier des affaires indigènes, exerce son autorité de contrôle sur le cadî, tout en veillant

⁴⁵ Décret du 10 novembre 1903, article 75. Ce même principe sera repris dans les articles 36 et suivants du décret du 16 août 1912 réorganisant la justice indigène en AOF. 31 Contrairement à l'organisation des tribunaux français où les assesseurs des Cours d'assises avaient voix délibérative, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle modifié pour le Sénégal (décret du 10 novembre 1903, article 42.) 32 Mahmood MAMDANI, *Citoyen et sujet. L'Afrique contemporaine et l'héritage du colonialisme tardif*, Paris, Karthala, 2004, p. 169.

au respect des procédures, des tarifs et du bon fonctionnement de la justice. Il fait également transiter toutes les correspondances entre le *cadi* et son administration de tutelle. Ainsi, en Afrique du Nord non loin de Tombouctou, un tribunal d'appel du *charaâ* a été mis en place pour juger en second recours certaines affaires importantes, surtout celles impliquant des ressortissants français ou européens dans des affaires immobilières relevant des compétences des *cadis*. Un délégué du gouvernement chérifien (un agent français) y siège comme assistant.

D'après Bernard Durand, le *cadi* est compétent dès qu'un musulman est concerné pour les faits de la vie qui ont été réglés par la loi islamique c'est-à-dire : mariage, rupture de l'union conjugale, orphelin, succession et contrat. Tombouctou a été administré par des contrôleurs civils et militaires aux côtés d'un *cadi* ayant compétence directe sur les indigènes sous le contrôle des autorités coloniales. C'est avec le décret du 22 mars 1924 réorganisant la justice indigène en Afrique occidentale française que le colonisateur va apporter des réformes qui ont abouti à l'isolement du *cadi*.

2. L'isolement du cadi

La réforme a apporté de nouveau changement dans l'organisation et le fonctionnement de la justice indigène. A travers le respect des coutumes et exigences de modernisation. La circulaire du gouverneur général sur la réforme de 1924 déjà citée dispose que « parmi les réformes progressives qu'impose à la puissance civilisatrice, l'évolution des populations indigènes, celle de la justice est sans doute, la plus délicate. L'idée de justice touche au sentiment même du droit des personnes et de la propriété des choses et des textes qui la font respecter ne peuvent subir de changements qu'au fur et à mesure que la conscience individuelle se transforme elle-même, sous l'influence de notre contact et à mesure que des notions de plus en plus précises du droit individuel, se substituent à l'ancienne

conscience collective qui ne différenciait guère l'individu du groupe auquel il appartenait.⁴⁶ ».

Cette réforme enterre définitivement la volonté de la part du cadi de Tombouctou de trancher des litiges. Mais néanmoins l'article premier du décret lui donne une lueur d'espoir, qui stipule que « sur toute l'étendue des territoires relevant du gouverneur général de l'Afrique Occidentale Française, la justice est administrée à l'égard des indigènes qui sont des tribunaux du premier degré, des tribunaux de deuxième degré, des tribunaux coloniaux d'homologation. Et une chambre spéciale de la Cour d'appel de l'Afrique occidentale française qui reçoit le nom de chambre d'homologation. En outre, les chefs de village ou notables désignés par la coutume exercent un pouvoir de conciliation ». Même si cet article ne parle nullement des cadis, la recherche sur le terrain nous a permis de constater que certains notables étaient des cadis et des jurisconsultes. Malgré cet état de fait, le cadi de Tombouctou exerçait pleinement son pouvoir de conciliation.

Dans la réforme de 1912, le cadi de Tombouctou perdait la présidence du Tribunal de subdivision, au profit du colonisateur (l'adjoint au commandant de cercle de Tombouctou), à qui la nouvelle réforme lui donne la possibilité de présider la juridiction. C'est ce qui stipule l'alinéa 1^{er} de l'article 5 du décret : «le tribunal du 1^{er} degré est composé d'un président et de deux assesseurs (...) Le paragraphe 3 dudit article poursuit que les fonctions d'assesseurs ne peuvent être remplies que par des indigènes ayant voix délibérative. Les fonctions de président sont exercées par le chef de la subdivision administrative ou par tout autre fonctionnaire désigné à cet effet par le chef de la colonie. Néanmoins, en matière civile ou commerciale, le tribunal peut être présidé par un notable indigène désigné par arrêté du lieutenant-gouverneur sur la proposition motivé du commandant de cercle ». La justice indigène de Tombouctou était soumise à la stricte

⁴⁶ ANM. Circulaire du 22 mai 1924 du gouverneur général sur la réorganisation de la justice indigène publiée au *Journal officiel du Soudan français* du 1^{er} octobre 1924 n° 440, p. 290

surveillance de l'administration coloniale qui lui imposait des contrôles.

B. La justice indigène surveillée

L'autorité coloniale exerçait un pouvoir de contrôle qui se manifestait par des rapports semestriels (1). Pour s'allier le pouvoir traditionnel et asseoir son propre pouvoir, l'administration coloniale décida de faire du respect des coutumes indigènes le pivot de sa politique de domination en assimilant la coutume à la loi islamique (2).

1. Le contrôle de la justice indigène

L'autorité judiciaire à l'époque coloniale procédait d'une délégation de pouvoir à l'échelle locale. Les cadis qui officiaient dans les métropoles de l'islam étaient la plupart du temps investis de leurs fonctions par le gouverneur de leur ville ou de leur province. La prégnance de ce lien de délégation a conduit le gouverneur, à présenter le cadi comme le secrétaire judiciaire d'un gouverneur qui, sur le plan de la hiérarchie administrative, apparaissait comme l'autorité supérieure. Mais le gouverneur de la ville n'était pas le seul à se préoccuper de droit et de justice. Alors, l'analyse d'un certain nombre de correspondances administratives nous permet de faire ressortir le contrôle auquel le cadi est soumis. Elle met en exergue notamment le rôle du commandant de cercle de Tombouctou. Selon M. Badji : « avec la réforme intervenue en 1903, ce contrôle se précisa encore un peu plus. En 1903-1904, les services du procureur général organisèrent une grande collecte des états périodiques des arrestations opérées par les administrateurs, malgré les lenteurs d'envoi et la mauvaise volonté de ces derniers. Cette opération de contrôle dévoila de grave dysfonctionnement... »⁴⁷.

C'est ainsi que le commandant de cercle de Tombouctou adressait à chaque trimestre une correspondance à la hiérarchie au sujet du fonctionnement de la justice indigène de Tombouctou. Ainsi, dans le

⁴⁷ M. BADJI, « Dire le droit en AOF aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles : entre idéal de justice et stratégie coloniale », *Revue Droit Sénégalais*, n° 11, 2013, p. 39.

rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes daté du 3^e trimestre 1906, il annonce qu'au cours du dernier trimestre les tribunaux indigènes ont fonctionné dans les conditions prévues par les instructions de 1905 sur cette matière.

Les juges du tribunal de province ayant jusque-là peu exercé leurs attributions ont témoigné au début de quelques embarras. Le manque d'instruction n'était pas en cause car le nombre des indigènes relativement versés dans la connaissance du Coran et des commentaires d'El Khalil est assez élevé à Tombouctou, mais c'est une tradition plusieurs fois séculaire, puisqu'elle remonte à la conquête marocaine faisait du grand cadî de Tombouctou l'unique juge du pays pour toutes les affaires importantes.

Dans un autre rapport sur le fonctionnement de la justice indigène du 1^{er} janvier 1909 par le commandant de cercle de Tombouctou, qui précisait le contrôle auquel la justice indigène fait figure et démontre clairement la mainmise du pouvoir colonial sur la justice en ces termes : « l'exercice de la justice indigène a eu lieu normalement pendant le trimestre, sauf du 20 au 30 décembre, période pendant laquelle le tribunal a dû chômer en raison du départ en tournée du lieutenant Richard, adjoint au commandant de cercle, qui préside ce tribunal. Les affaires qui se sont présentées pendant cet intervalle auraient pu être réglées, au moins en partie le 31 décembre si le lieutenant Richard n'avait dû partir à l'improviste sur l'ordre du commandant de région, pour prendre part à une reconnaissance vers le lacs Faguibine, d'une durée probable d'une douzaine de jours.

Je n'insisterai pas sur les conséquences qu'une telle désignation, faite d'ailleurs en dehors de soi, et qui a pour effet de prolonger le chômage du tribunal de province de Tombouctou, peut entraîner pour le règlement des affaires ressortissant à cette juridiction : prévention inutilement allongées mécontentement des plaideurs dont les affaires restent en suspens, etc.

C'est un nouvel et sérieux inconvénient, à ajouter, en territoire militaire, à ceux que j'ai déjà signalés de l'instauration de la nouvelle organisation des tribunaux de province.

Le tribunal de cercle n'a été convoqué qu'une fois durant le trimestre, pour juger le nommé Kel Rasaf (fraction des kel Antassars) coupable de meurtre sur la personne d'un Borrada.

Le tribunal de province a jugé pendant le trimestre au civil, sept affaires dont deux divorces et cinq affaires de dettes.

Au correctionnel douze affaires, dont deux vols, une de bigamie, une de coups et blessures.

Le nombre de vols jugés est resté sensiblement égal aux chiffres mentionnés dans le rapport précédent (3^{ème} trimestre de l'année 1918). Il semble donc que la répression n'ait qu'un effet. C'est empêcher de s'accroître le nombre de délits et en particulier des vols, résultat appréciable sans doute, mais qui peut être jugé insuffisant si l'on considère que la loi doit avoir pour effet, sinon de faire disparaître les délits, au moins d'en réduire le nombre au minimum ; d'autre part, nous ne pouvons pas supposer que nous avons atteint ce minimum désirable, car les délits sont encore trop fréquents dans le cercle.

Le crime de bigamie était le plus souvent le fait des femmes des tirailleurs abandonnées depuis quelque temps sans ressource, par leurs maris. Il est surprenant que ce crime, que le tribunal de province est appelé à juger pour la première fois, soit aussi peu fréquent, étant donné la désinvolture avec laquelle les indigènes à notre service, en particulier les tirailleurs laissant leurs femmes sans le nécessaire. Il est vrai que pour un cas qui nous est connu, il nous en échappe nécessairement un grand nombre.

Les affaires traitées au civil par le tribunal de provinces ont eu trait, comme d'habitude à des divorces et à des dettes.

Bref, les affaires soumises aux tribunaux indigènes, ne se sont pas multipliées outre mesure, pendant ce trimestre, ce qui indique plusieurs choses :

D'abord, les indigènes ont appris à s'adresser aux tribunaux de village et respectent ses arrêts puisqu'aucun appel n'a été formé devant le tribunal de province contre des sentences du tribunal de village.

Ensuite, les crimes sont très rares chez les sédentaires et restent jusqu'ici, l'apanage des nomades. Il s'en commet certainement

beaucoup dans les campements un peu éloignés de nos établissements et ils échappent à l'action de notre justice.

Puis, la procédure d'appel continue à n'être ni comprise ni appréciée de nos justiciables indigènes, puisque aucun condamné n'a jusqu'ici interjeté appel de la sentence qui le frappait. »⁴⁸

Enfin, le maillage politique de Tombouctou colonial verrouille une gestion administrative ségrégationniste, conférant des droits différents aux autochtones et aux Français, ou encore les colons. En effet, les Français dépendent exclusivement de l'administration française, alors que les autochtones sont administrés par le cadî. Dans la hiérarchie coloniale, un autre personnage musulman joue un rôle de tout premier plan, se plaçant au-dessus du cadî, il s'agit du caïd. En Algérie on remarque leur existence (celle des caïds) : appartenant pour la plupart à une élite sociale, soit issus des rangs des notables, soit des religieux, lettrés et ayant effectué le Hadj (pèlerin ayant effectué le pèlerinage de la Mecque), les caïds ont vocation à être des relais incontournables entre les autorités coloniales et les indigènes, habilités à rendre des arbitrages dans des décisions relatives au fonctionnement d'un village, sans être soumis à la validation du maire⁴⁹.

2. La coutume contre la loi islamique

A Tombouctou, le pouvoir colonial chercha à codifier le droit précolonial, dit coutumier, pour mieux pouvoir l'utiliser. Les premières réglementations relatives à l'organisation de la justice ne s'occupent pas des rapports juridiques entre colonisés. Par exemple au Dahomey, le décret du 11 mai 1892 organisant la justice dans la colonie de Guinée française et dépendances s'applique à partir de 1893 aux établissements français du golfe du Bénin⁵⁰.

⁴⁸ « Rapport sur la justice indigène de Tombouctou » par le chef de B Martelly commandant de cercle du 1^{er} janvier 1909.

⁴⁹ ***Gestion coloniale d'hier et d'aujourd'hui (1^{ière} partie : l'Algérie) 16 août 2014, par Hazies MOUSLI, Blog : Humain tout simplement***

⁵⁰ B. BRUNET-LA RUCHE, *La justice pénale au Dahomey de 1900 à 1960*, mémoire de master d'histoire, université de Toulouse II, 2008, p. 38-39.

Ce n'est qu'avec le décret du 10 novembre 1903 que le pouvoir colonial se substitue aux autorités locales dans le règlement des litiges entre autochtones à Tombouctou et dans l'ensemble de l'AOF⁵¹.

Ce décret institue des tribunaux dits indigènes parallèlement aux juridictions françaises chargées des différends impliquant des Européens. Ces juridictions indigènes deviennent la justice de droit commun pour les populations colonisées à partir du décret du 16 août 1912 qui supprime la compétence des tribunaux français à l'égard des indigènes en matière pénale.

A Tombouctou l'administration coloniale avait modifié progressivement sa vision de l'islam. Sous l'influence du gouverneur Ponty, elle commence à se préoccuper sérieusement de la progression de l'islam dans la colonie du Haut-Sénégal et Niger et souhaite par tous les moyens en limiter l'influence⁵². C'est ainsi qu'une politique favorable au respect des coutumes locales et au pouvoir traditionnel plutôt qu'aux propagateurs de l'islam se met en place.

Fort de son expérience en tant qu'administrateur au Soudan français Ponty, qui devient gouverneur général de l'AOF en 1908, avant tout les conquérants africains du XIX^e siècle tels qu'el-Hadj Omar, grand résistant à la conquête française, comme des destructeurs des « sociétés tribales originelles » d'Afrique de l'Ouest qui mirent les populations conquises sous le joug de chefs tyranniques (souvent musulmans). C'est dans ce contexte qu'il lance en 1909 sa politique « des races » dans une circulaire officielle qui encourage les administrateurs à destituer les chefs qui sont étrangers au pays et à réorganiser les chefferies locales selon les « races » et groupes ethniques locaux⁵³.

⁵¹ ANB, *JO du Dahomey (JOD) 1904*, décret du 10 novembre 1903.

⁵² Christopher HARRISON, *France and Islam in West Africa, 1860-1960*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 54-56.

⁵³ « Circulaire Ponty n° 186 c sur la politique indigène du 22 septembre 1909 », *Journal Officiel de l'Afrique occidentale française*, 25 septembre 1909, n° 247, p. 447-448.

Suite à cette circulaire, l'administration coloniale commence à élaborer précisément sa politique de respect des coutumes ⁵⁴qui s'avère avoir une influence directe sur les affaires traitées par les tribunaux indigènes. Cette volonté de limiter l'influence musulmane sur les tribunaux indigènes est également visible dans le décret de 1912, dans lequel la religion musulmane est traitée comme une coutume parmi d'autres, l'obligation désormais de spécifier le statut musulman dans les états de jugement n'étant sans doute pas anodine. De plus, le décret rend les musulmans originaires justiciables des tribunaux indigènes. La fermeture du tribunal musulman de Kayes en 1913 montre également la volonté de l'administration coloniale de limiter l'influence des juges musulmans sur les affaires indigènes, si ce n'est dans le cadre du système colonial des tribunaux indigènes qu'elle peut contrôler.

En effet, les tribunaux indigènes créés aux différents échelons administratifs (tribunaux de village, de province et de cercle) sont chargés de régler les affaires civiles et pénales des seuls sujets français, en appliquant les coutumes locales pour autant qu'elles ne soient pas contraires aux principes de la civilisation française. En d'autres termes, les sujets français peuvent être jugés et condamnés en l'absence d'un texte définissant préalablement l'infraction visée et la sanction prévue, en opposition au principe de légalité applicable dans la justice française. Les juridictions indigènes sont en outre présidées par les administrateurs des colonies qui interviennent parallèlement dans la mise en œuvre de la politique coloniale et sont en charge de la police, de l'instruction des affaires et de la mise en œuvre des condamnations pénales, cumulant ainsi l'ensemble des pouvoirs. Cette concentration ne cesse de se renforcer pendant l'entre-deux-guerres⁵⁵.

⁵⁴ Marie RODET, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'Études Africaines*, n° 187-188 : *Les femmes, le droit et la justice*, 2007, p. 587.

⁵⁵ Les tribunaux de village perdent en 1912 leurs attributions pénales et les administrateurs des colonies qui présidaient dès 1903 les tribunaux de cercle, assistés de deux assesseurs coutumiers nommés sur leur proposition, acquièrent également en matière répressive la présidence des tribunaux de

Ainsi, ces juridictions indigènes se trouvent-elles sous le contrôle de plus en plus resserré de l'administration coloniale, qui dans le même temps dispose des pouvoirs exorbitants offerts par le régime de l'indigénat. Les arguments avancés pour justifier le régime de l'indigénat, à savoir la prévalence de l'ordre public colonial imposant des procédures répressives rapides et simples et l'adaptation de la répression au stade de civilisation supposé des populations concernées, sont également mis en avant pour la création d'une justice indigène distincte de la justice française. Dans son rapport au président de la République du 10 novembre 1903, le ministre des Colonies justifie l'organisation d'une justice indigène en AOF pour répondre d'une part aux besoins des populations indigènes d'une justice adaptée à leur niveau de civilisation, selon la vision radicalisée du pouvoir colonial, et d'autre part aux intérêts supérieurs de notre politique », c'est-à-dire ceux d'une domination non contestée, peu coûteuse et permettant une répression rapide⁵⁶. L'organisation d'une justice indigène sous contrôle colonial à l'échelle de l'AOF est également justifiée pour en finir avec la justice de l'arbitraire des anciens juges indigènes tout en répondant à « l'état actuel du développement social et mental des noirs qui ne connaissent, ne conçoivent pas même la distinction [...] entre l'autorité administrative et judiciaire⁵⁷.

*

**

L'influence de l'islam sur la société variait selon les régions. L'islam a, dans l'ensemble, imprégné la société soudanaise et les modes de vie, même des populations les moins profondément islamisées. La population de Tombouctou de l'Est, malgré ses

province devenus tribunaux de subdivision puis de 1^{er} degré en 1924. Ces tribunaux étaient jusque-là présidés et composés de notables locaux.

⁵⁶ ANB, *JOD 1904*.

⁵⁷ ANOM, FM, Affaires politiques, carton 1645, note du gouverneur général de l'AOF au ministre des Colonies sur le projet de réorganisation judiciaire présenté par la commission instituée à cet effet en AOF, 15 juillet 1903.

pratiques animistes, n'en demeure pas moins touchée par l'islam dans tous les événements de leur vie. En réalité, l'islamisation ne fut totalement réalisée qu'à Tombouctou dont le nom évoque toujours le Soudan islamisé. La religion y a modelé la vie des habitants. Tout reflète la culture islamique, comme par exemple l'éducation religieuse. L'enfant, dès le jeune âge est confié à un marabout qui lui inculque les notions essentielles du Coran et des pratiques religieuses⁵⁸.

Certains pensent que l'islam était venu du Nord avec le commerce. Il s'est implanté dans nombre de communautés marchandes et a tenté de pénétrer à l'intérieur du Soudan par le commerce et par le prestige ou l'action des principes islamisés comme Kankou Moussa ou Souleymane, mansa du Mali. L'expansion et la consolidation de l'Islam dans l'empire songhay sont dues à la politique des souverains de Gao, à l'action missionnaire des ulémas des grandes villes en particulier de ceux de Djenné et de Tombouctou.

A Tombouctou, l'unique représentant et titulaire du pouvoir judiciaire était le magistrat appelé le cadî auquel, on confère, par conséquent, des pouvoirs exorbitants. En ce qui concerne la nature de la fonction du cadî nous devons remarquer qu'elle ne constitue pas une fonction exclusivement judiciaire. De par le caractère nettement religieux que ce magistrat a acquis de bonne heure, il acquiert des compétences qui n'ont rien de juridictionnelles mais qui lui sont venues en raison même de ce caractère religieux. C'est ainsi que le cadî est devenu le gestionnaire des biens, qui de par sa nature propre, ne saurait être assumée par d'autre que lui. Il a su vulgariser les principes islamiques dans la conduite des hommes⁵⁹.

La colonisation a donné un coup au pouvoir du juge cardinal à Tombouctou. Cela s'explique par la volonté d'assurer leur domination judiciaire et de limiter les prérogatives du cadî. C'est dans cette perspective que le colonisateur a mis en place deux systèmes

⁵⁸ Tombouctou et l'empire songhoy.

⁵⁹ Pr Mamadou Lamine DEMBELE, « L'islam et le pouvoir du Mali du moyen-âge à nos jours : apothéose, marginalisation et renaissance », *Revue africaine de sciences politique et sociales*, n° 2, p. 22.

juridiques. D'un côté, la justice indigène était chargée de régler les litiges entre les seuls indigènes, sous l'autorité d'un administrateur colonial assisté de deux notables locaux choisis par l'administration. Les tribunaux indigènes statuaient, sur la base des coutumes des parties. De l'autre côté existaient des tribunaux français, chargés de régler les litiges relatifs aux citoyens européens ou assimilés. Ces juridictions, qui faisaient intervenir des magistrats coloniaux, statuaient sur la base des principes du droit métropolitain.

Malgré la résistance à la justice imposée par le colonisateur à la population de Tombouctou, les justiciables ont pris du temps pour s'adapter à la réalité métropolitaine. Cela a été une réalité grâce à l'implication du cadi qui constitue un personnage incontesté de la ville et une autorité acceptée par tous. Pour justifier cette dernière phrase, malgré le fait que ses pouvoirs ont été considérablement diminués par l'autorité coloniale, force est de constater qu'il est quotidiennement consulté pour toutes les décisions qui concernent la ville.

BIBLIOGRAPHIE

Archives

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes au cours 4^{ème} trimestre 1907, 1^{er} janvier 1908

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes au cours du 2^{ème} trimestre 1907, 1^{er} juillet 1907

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes au cours du 4^{ème} trimestre 1906, 31 décembre 1906

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes pendant le 3^{ème} trimestre 1907, octobre 1907

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes au cours du 4^{ème} trimestre 1908, 1^{er} janvier 1909

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes pendant le 3^{ème} trimestre 1908, 12 octobre 1908

ANM, cercle de Tombouctou rapport sur le fonctionnement des tribunaux indigènes au cours du 3^{ème} trimestre 1911, 30 septembre 1911

Lois et circulaires

Arrêté du 16 septembre 1920 promulguant le décret du 30 mars 1920 portant réorganisation du service de la justice française dans les colonies du Haut Sénégal et Niger et Haute Volta

Circulaire du 8 mai 1939 du gouverneur général de l'Afrique Occidentale Française relative à la publication d'un décret d'un décret du 19 avril 1939 attribuant compétence aux tribunaux de droit français à l'égard des indigènes servant effectivement ou ayant effectué du service effectif sous le drapeaux français

Circulaire du 22 mai 1924 du gouverneur général sur la réorganisation de la justice indigène publiée au *Journal officiel du Soudan français* du 1^{er} octobre 1924

Circulaire Ponty sur la politique indigène du 22 septembre 1909, *Journal Officiel de l'Afrique occidentale française*, 25 septembre 1909

Décret du 18 octobre 1904 portant réorganisation du gouvernement général de l'Afrique occidentale française

Décret du 10 novembre 1903 portant réorganisation du service de la justice dans les colonies relevant du gouvernement général de l'AOF

Thèses et Mémoires

BRUNET-LA RUCHE Bénédicte, *La justice pénale au Dahomey*, mémoire de Master d'Histoire, Université Toulouse 2-Le Mirail, 2008

GORRE Alix Héricord, *Eléments pour une histoire de l'administration des colonisés de l'Empire français. Le « régime de l'indigénat » et son fonctionnement depuis sa matrice algérienne (1881-1920)*, Thèse de l'institut européen de Florence, novembre 2008

MANIERE Laurent, *Le code de l'indigénat en Afrique occidentale française et son application au Dahomey (1887-1946)*, Thèse de doctorat d'Histoire, Université Paris 7, 2007

SARR Dominique *La Cour d'appel de l'AOF*, thèse de 3^{ème} cycle, 2 vol., Faculté de droit de Montpellier, 1980

Les ouvrages et articles

ALLOTT Antony *et al.*, *Magistrat au temps des colonies : France, Belgique, Grande-Bretagne, Italie*, Espace juridique, Lille, 1988

BADJI Mamadou, « Dire le droit en AOF aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles : entre idéal de justice et stratégie coloniale », revue *Droit Sénégalais*, n° 11, 2013

DEMBELE Mamadou Lamine « L'islam et le pouvoir du Mali du moyen-âge à nos jours : apothéose, marginalisation et renaissance », *Revue africaine de sciences politique et sociales*, 2014

DURAND Bernard, dir., *La justice et le droit : instrument d'une stratégie coloniale*, Mission de recherche droit et justice, Montpellier, 2001

DURAND Bernard et Martine FABRE, dir., *Le juge et l'outre-mer, Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, 2004

ES- SA'DI Abderrahman Ben Abdallah Ben Imran Ben Amir, *Tarrikh Es- Soudan*, Paris, Ernest Leroux, 1900

HARRISON Christopher, *France and Islam in West Africa, 1860-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988

- KATI Mahmoud Kati Ben Elhadj El Molaouakkel, *Tarrikh El- Fettach*, Traduction en français par O Martin KLEIN, « *De la conquête du Soudan à la fin de la conquête française, 1879-1899 : Les tensions entre le système colonial français et le système d'esclavage africain* »
- HOUDAS et M. DELAFOSSE, Paris Ernest Leroux éditeur, 1913
- LE COUR GRANDMAISON Olivier, *De l'indigénat. Anatomie d'un monstre juridique. Le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, La Découverte, 2010
- MAMDANI Mahmood, *Citoyen et sujet. L'Afrique contemporaine et l'héritage du colonialisme tardif*, Paris, Karthala, 2004, 169
- MANN Gregory, « What was the indigénat? The "Empire of Law" in French West Africa », *Journal of African History*, vol. 50, 2009
- MERLE Isabelle, « De la « légalisation » de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 17, 2004
- MOUSLI Hazies, « Gestion coloniale d'hier et d'aujourd'hui » 16 août 2014
- Marie RODET, « Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939) », *Cahiers d'Études Africaines*, n° 187-188 : *Les femmes, le droit et la justice*, 2007
- SARR Dominique, « La Chambre spéciale d'homologation de la Cour d'appel de l'AOF et les Coutumes pénales de 1903 à 1920 », *Annales africaines*, 1975
- Mariella VILLASANTE CERVELLO, *Colonisations et héritages actuels au Sahara et au Sahel : problèmes conceptuels, état des lieux et nouvelles perspectives de recherche, XVIII^{ème}-XX^{ème} siècles*, vol. 1, Le Harmattan, 2007

LA FISCALITE AU SOUDAN FRANÇAIS

Dr Issouf TOURE,
enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques et
politiques de Bamako (USJPB), Mali

« Parmi les institutions publiques qui forment l'armature des sociétés organisées, l'impôt est probablement celle qui alimente avec plus de passion le débat politique. Pétri de références idéologiques, voire de justification théologique, il attise les conflits partisans¹». L'impôt colonial n'échappe pas à cette assertion. En effet, l'impôt qui est introduit dans les colonies était alors justifié par les impératifs de développement. En plus du développement, l'impôt servait aussi à montrer la puissance de la domination du colonisateur sur les colonisés. Enfin, l'impôt était vu comme un instrument de civilisation² des indigènes qui étaient considérés par le colonisateur comme des « sauvages ». L'œuvre de civilisation passait alors par la mise en place de l'impôt.

Comme dans les autres colonies, la fiscalité a été instituée au Soudan français. Il correspond à l'actuel Mali, et était une colonie constituée par la France à partir des anciens états d'Ahmadou, sultan de Ségou, et de Samory Toure, contre lesquels les troupes commandées par Joseph Gallieni, Gustave Borgnis-Desbordes puis Louis Archinard menèrent plusieurs expéditions, jusqu'à la chute de

¹ *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, 1^{ère} édition, Quadrige, Puf, Paris, 2003, p. 805.

² Jean-Baptiste FOTSING, *Le pouvoir fiscal en Afrique : Essai sur la légitimité fiscale dans les Etats d'Afrique noire francophone*, LGDJ, 1995, p. 39.

Ségou le 6 avril 1890. Le décret du 18 août 1890 transformait l'extension territoriale du Sénégal alors désignée sous le nom de Haut-Fleuve en entité administrative avec le nom Soudan français, capitale Kayes. A sa tête un commandant supérieur, qui détenait les pouvoirs administratifs et financiers mais relevait toutefois encore du gouverneur du Sénégal, sans l'adhésion duquel il ne pouvait engager aucune action politique.

Le décret du 27 août 1892 fait du Soudan une colonie pleinement autonome qui était alors placée sous l'autorité d'un gouverneur avec tous les pouvoirs civils et militaires. Le 10 septembre 1892, Louis Archinard devenait le premier gouverneur du Soudan. La colonie prend successivement les noms de Territoire du Haut-Sénégal et Moyen Niger (1898-1902), de Territoire de la Sénégambie et du Niger (1902), de Haut-Sénégal et Niger (1904) et enfin de Soudan français en 1920. Colonie française jusqu'en 1946, territoire d'outre-mer de 1946 à 1958, le Soudan français devient une République autonome le 24 novembre 1958, puis accéda à l'indépendance le 22 septembre 1960, sous le nom de République du Mali³.

Sur le plan des finances publiques, la loi du 13 avril 1900 était novatrice, en ce sens qu'elle accordait l'autonomie financière aux différentes colonies. Ainsi, donc, les colonies devaient désormais trouver en leur sein des ressources pour pouvoir prendre en charge, elles-mêmes, leurs dépenses. Dans la concrétisation de cette autonomie financière au Soudan français, l'impôt joua un rôle déterminant ; lui qui est considéré comme l'instrument privilégié de financement de la collectivité publique⁴. Comme dans les autres colonies, les Soudanais étaient soumis à une imposition fiscale. Cette imposition fiscale des Soudanais est aujourd'hui, encore, ce que beaucoup de Maliens retiennent de la colonisation française.

³ Ministère des Colonies, Séries géographiques Soudan français 1875/1911, Archives nationales d'outre-mer (ANOM) 29, chemin du moulin Detesta 13090, Aix-en-Provence, mai 2006/2011.

⁴ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, Dalloz, Paris, 1998, p. 19.

Avant d'aller plus loin, il n'est pas inintéressant de donner quelques définitions de la fiscalité. Jacques Grosclaude et Philippe Marchessou nous donnent l'origine du mot fiscalité : « Le terme fiscalité tire son origine de fiscus, le panier que les romains employaient pour recevoir l'argent, il a donné également le fisc, qui désigne couramment l'ensemble des administrations publiques qui ont en charge l'impôt. Le substantif impôt et le verbe imposer expriment on ne peut mieux le poids de la contrainte qui s'abat sur le redevable. Sous la Révolution le terme employé était contribution, qui suggère davantage une participation du citoyen au fardeau commun de la dépense publique⁵». La fiscalité est donc « un système d'imposition synonyme de réglementation fiscale⁶». Il faut signaler, que la définition la plus connue de l'impôt est celle donnée par Gaston Jèze, selon qui l'impôt est « une prestation pécuniaire requise des particuliers, par voie d'autorité, à titre définitif, et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques⁷». Il ressort de cette définition que l'impôt est un prélèvement obligatoire, sans contrepartie, destiné à financer les dépenses budgétaires de certaines personnes publiques (Etat, collectivités territoriales⁸...).

La présente réflexion sur la fiscalité au Soudan français présente un double intérêt. D'une part, elle nous permettra d'étudier la portée de la fiscalité du Soudan français ; et d'autre part, d'analyser l'impact de cette fiscalité coloniale sur celle du Mali indépendant. Pour la réalisation de cet article sur la fiscalité au Soudan français, les sources archivistiques étaient indispensables. En effet, au cours de nos différentes recherches aux Archives nationales du Mali, nous avons trouvé plusieurs documents, qui après dépouillement, nous ont

⁵ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, Dalloz, Paris, 1997, p. 1.

⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 10^e édition mise à jour, Puf, 1987, p. 461.

⁷ Gaston JEZE, *Cours de finances publiques*, LGDJ, 1936, cité Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA, 2005, p. 21 et 22.

⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitan, 10^e édition, *op. cit.*, p. 524.

permis de faire la trame de cet article. Nous nous sommes basés sur les informations recueillies aux Archives nationales pour analyser la fiscalité au Soudan français, tout en mettant un accent particulier sur l'impôt personnel.

Pour pouvoir étudier la fiscalité au Soudan français, nous avons opté pour une approche basée sur l'anthropologie juridique. La question simple qui nous vient à l'esprit est celle de savoir : quels étaient les contours de la fiscalité au Soudan français ? Cette interrogation nous permettra d'examiner, d'abord, les différents impôts et taxes au Soudan français ; ensuite, d'analyser dans un premier temps leurs impacts sur les contribuables soudanais, et dans un second temps leurs effets sur la fiscalité du Mali après l'indépendance. Ce travail s'articulera autour de deux grands axes ; la première partie portera sur les impôts de la colonie du Soudan français et de ses communes (I), et la deuxième partie sera consacrée au traumatisme de l'impôt colonial et ses répercussions sur la fiscalité du Mali indépendant (II).

I. Les impôts de la colonie du Soudan français et de ses communes

« Comme dans la métropole, le caractère d'impôt ou de taxe ne s'attache, aux colonies, qu'aux contributions qui sont perçues au profit de l'Etat, des colonies, pays ou territoires, des municipalités ou des établissements publics⁹ », il résulte de ces propos que le Soudan français avait son propre budget, indépendamment du budget général. A la lumière des différents textes¹⁰ on se rend compte que les impôts dont le produit est attribué au gouvernement général sont exclusivement les droits d'entrée et de sortie et les taxes de consommation. Toutes les autres contributions, directes ou indirectes, profitent aux budgets locaux¹¹. Il

⁹ Pierre-Rodolphe DARESTE, *Traité de droit colonial*, Tome II, p. 79.

¹⁰ Voir par exemple l'article 43 du décret du 4 décembre 1920, qui attribue au budget local les contributions « directes ou indirectes ». Le décret du 20 mars 1925 (R. 1925, 1, 342), qui a modifié par ailleurs cet article 43, n'y a rien changé sur ce point.

¹¹ Pierre-Rodolphe DARESTE, *Traité de droit colonial*, Tome II, *op. cit.*, p. 104.

est à noter, qu'il y avait aussi une répartition des recettes fiscales, au Soudan français, entre le budget local et le budget des collectivités locales. Ces recettes avaient pour objectifs de pourvoir les budgets locaux afin d'assurer le financement local des dépenses de fonctionnement et d'équipement¹². Dans cette partie, nous nous focaliserons sur l'étude des impôts perçus au profit du budget local, et de terminer, par celle des impôts, taxes et droits perçus au profit des collectivités locales.

A. *Les impôts destinés à la colonie*

Les impôts destinés à la colonie étaient divisés en deux groupes : les impôts directs et taxes assimilées (1) et les droits autres que les impôts directs (2).

1. *Les impôts directs*

Plusieurs contributions et taxes servaient à la concrétisation des objectifs budgétaires au Soudan français¹³. En effet, selon le régime fiscal de l'exercice budgétaire de 1946 de la colonie du Soudan français, les impôts et taxes assimilés étaient : les impôts personnels (l'impôt *per capita*, les impôts cédulaires sur les revus et l'impôt général sur le revenu), les impôts fonciers (contribution foncière sur les propriétés bâties et non bâties, taxe des biens de mainmorte des missions religieuses et la taxe des biens de mainmorte sur les immeubles des collectivités autres que les missions religieuses), la contribution mobilière, les patentes et licences (contribution des patentes et contribution des licences), les taxes assimilées (taxe sur les bétails et taxe sur les armes à feu) et la taxe vicinale¹⁴.

¹² In « Quelles politiques de développement pour l'Afrique subsaharienne durant la colonisation ? », Document web : <http://histgeo.ac-aix-marseille.fr/a/div/d038.htm>

¹³ Ibrahima BABA KAKE, *L'Afrique coloniale*, Collection Histoire Générale de l'Afrique ACCT – 1990, p. 102.

¹⁴ Voir le titre I du régime fiscal de l'exercice 1946 de la colonie du Soudan français, Archives Nationales du Mali, B.I 79.

Parmi tous ces impôts et taxes assimilées, l'impôt personnel était le plus marquant et le plus controversé. En effet, l'impôt personnel était dû par les habitants¹⁵ des deux sexes, sans distinction d'origine, de race ou de statut, résidants dans la colonie le 1^{er} de l'année d'imposition. Il était également dû pour l'année entière par tout habitant dont la résidence était constatée après le 1^{er} janvier de l'année d'imposition, lorsqu'il ne fournissait pas la preuve qu'il avait acquitté l'impôt personnel pour l'année en cours, soit dans la colonie, soit dans un territoire possédé, administré ou protégé par la France, à moins qu'il n'établisse qu'il n'était pas passible de l'impôt pour l'année d'imposition, par l'application de la législation existante en la matière dans le pays de sa résidence au 1^{er} janvier. L'impôt personnel n'était dû qu'une seule fois pour chaque contribuable au lieu de sa résidence habituelle¹⁶.

Il faut signaler qu'il y avait un impôt personnel pour les Européens dont le rôle était nominatif et un impôt personnel pour les africains « indigènes » dont le rôle était numérique¹⁷, aussi appelé impôt de capitation. L'impôt de capitation ou *per capita* était une imposition due par chaque habitant indigène, d'où l'appellation « impôt par tête ». Il ne tenait compte que du milieu d'habitation et non de la capacité contributive des différents contribuables qui en étaient assujettis. La capitation était, donc, un impôt forfaitaire dû par tous les habitants indigènes, identique quel que soit le statut économique et social de la personne. Le taux de l'impôt de capitation pouvait varier d'un cercle à

¹⁵ Selon l'article 3 du régime fiscal de l'exercice de 1946, sont exemptés de l'impôt personnel : les tirailleurs, les caporaux et soldats, les indigents, les enfants au-dessous de 14 ans, les élèves des écoles ayant l'âge scolaire réglementaire et effectivement inscrits dans les établissements d'enseignement, les anciens militaires pensionnés de guerre, les accidentés du travail, les personnes qui étaient à la charge d'un contribuable décédé à la suite d'un accident de travail, les consuls et agents consulaires des nations étrangères, les gardes de cercle, leurs femmes et leurs enfants et les mères qui ont au moins quatre enfants dans les communes mixtes ; Archives nationales du Mali, *op. cit.*

¹⁶ Article 2 du régime fiscal de l'exercice 1946, Archives nationales du Mali, *op. cit.*

¹⁷ Les rôles numériques sont établis soit par famille, soit par village.

l'autre, et parfois dans un même cercle. Il était payé par chaque indigène qui avait, au moins, quatorze ans. Ce qui démontre que les enfants n'étaient pas épargnés par l'impôt de capitation au Soudan français.

Les indigènes étaient, en outre, dans certaines colonies d'Afrique comme au Soudan français, astreints à des prestations, c'est-à-dire à des journées de travail pour l'exécution des travaux publics¹⁸ avec la possibilité de racheter les prestations¹⁹. La taxe de prestation a été supprimée en 1945²⁰ et remplacée par une taxe vicinale. La nouvelle taxe vicinale était due par toute personne assujettie à l'impôt personnel ou à la taxe de recensement à l'exception de celle acquittant la taxe de voirie dans les communes mixtes²¹.

Les tarifs de l'impôt personnel étaient fixés chaque année pour l'année suivante par des arrêtés du gouverneur pris en conseil d'administration et approuvés par le gouverneur général en commission permanente du conseil de gouvernement. Les tarifs pouvaient varier par province, cercle et subdivision, groupement, village. Chaque année, les commandants de cercles consultaient les conseils de notables sur le taux de l'impôt et adressaient leurs propositions motivées au gouverneur avant le 1^{er} juillet. Les arrêtés fixant les tarifs étaient alors soumis à approbation avant le 1^{er}

¹⁸ Pierre-Rodolphe DARESTE, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹ Les prestations étaient des jours de travaux forcés que les indigènes devaient effectuer pour le compte de l'administration coloniale. Les contribuables aisés avaient la possibilité de racheter leur prestation à l'administration fiscale coloniale.

²⁰ Article premier de l'arrêté local n°2999 du 28 octobre 1944 (*J.O.* du 15 décembre 1944) : « La taxe de prestations cessera d'être exigible à partir du 1 janvier 1945, sur le territoire du Soudan français, sous quelque forme que ce soit tant en nature (journée de prestations) qu'en espèces (rachat des prestations, taxe additionnelle à l'impôt personnel ou à la taxe de recensement). Sont en conséquence abrogés tous les textes locaux concernant la taxe des prestations, les taxes additionnelles à l'impôt et à la taxe de recensement. »

²¹ Article 2 de l'arrêté local n° 2999 du 28 octobre 1944, *op. cit.*

novembre de chaque année, en commission permanente du conseil du gouvernement et étaient ratifiés en conseil.

A côté de l'impôt de capitation, il y avait d'autres impôts personnels, notamment les impôts cédulaires sur les revenus (les impôts sur les bénéfices industriels et commerciaux, sur les bénéfices des professions non commerciales, sur les traitements et les salaires) et l'impôt général sur le revenu.

En plus des impôts personnels, comme nous l'avons vu dans le régime fiscal de l'exercice de 1946, il y avait d'autres impôts directs. L'impôt foncier était établi au Sénégal par un arrêté du 15 mai 1837. Il était une contribution annuelle sur les propriétés bâties et les propriétés non bâties. Les propriétés bâties étaient les maisons, fabriques, manufactures, usines et en général tous les immeubles construits en maçonnerie, fer, bois et fixés au sol à demeure, les terrains non cultivés employés à un usage commercial ou industriel, l'outillage des établissements industriels attachés au fonds à perpétuelle demeure²². Les propriétés non bâties, quant à elles, étaient les terrains nus, et ceux ou étaient édifiées des constructions non passibles de la contribution foncière sur les propriétés bâties, non expressément exemptées. L'impôt foncier était proportionnel à la valeur locative du terrain bâti ou vénale du terrain non bâti. Presque toujours assez faible, l'impôt foncier ne frappait généralement qu'une catégorie de terrains ou d'immeubles, ou même était restreint à certaines villes²³.

Les patentes et les licences étaient parmi les impôts les plus répandus²⁴ dans les colonies en général et au Soudan français en particulier. Les patentes étaient payées par tout individu qui exerçait au Soudan français un commerce, une industrie, une profession non explicitement compris dans les exemptions²⁵. Les patentes étaient

²² Voir les exceptions dans le régime fiscal de l'exercice de 1946.

²³ Pierre-Rodolphe DARESTÉ, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 116.

²⁴ Pierre-Rodolphe DARESTÉ, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 117.

²⁵ Voir les exemptions dans le régime financier de l'exercice de 1946.

annuelles et étaient composées d'un droit fixe et d'un droit proportionnel sur la valeur locative des locaux professionnels.

Concernant la contribution aux licences, elle était due par toute personne ou toute société qui se livrait à la vente en gros ou en détail des boissons alcooliques ou fermentées, soit à consommer sur place, soit à emporter. Les licences étaient un droit fixe payé par les restaurants, les cafés, les cabarets etc.

Comme les patentes et les licences, la taxe sur les bétails était aussi très répandue. Elle frappait les possesseurs de chevaux, chameaux, ânes, bœufs, moutons et chèvres. La taxe était due pour l'année entière d'après le nombre d'animaux détenus au 1^{er} janvier de l'année d'imposition²⁶. C'était une taxe forfaitaire payée par tête d'animal possédée par les contribuables. La taxe sur les bétails et la taxe sur les armes composaient les taxes assimilées.

Enfin, il y avait une taxe mobilière instituée dans la colonie du Soudan français²⁷ en 1938. Elle était annuelle, et due par tous les occupants (locataires, propriétaires, etc.) quel que soit son statut, de toute habitation dont la valeur locative était supérieure ou égale à 600 f.

Après les impôts directs, il est temps de voir les impôts et taxes indirects dans la colonie du Soudan français.

2. Les impôts indirects

On parle d'un impôt indirect : « lorsque l'imposition est liée à des actes de production ou de consommation irréguliers dans le temps, et donc, pour lesquels il n'est pas possible d'établir un rôle, par exemple : TVA, droits d'accise, droits d'enregistrements²⁸. Et aussi, lorsque l'incidence de l'impôt ne vise pas exclusivement la personne qui le paye²⁹. Les impôts indirects sont, alors, établis à l'occasion de

²⁶ Article 5 de l'arrêté local du 22 octobre 1945 (*J.O.* du 1^{er} janvier 1946).

²⁷ Voir l'arrêté local du 30 septembre 1938 (*J.O.* du 15 novembre 1938, p. 618).

²⁸ Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA, 2005, p. 30.

²⁹ Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, *op. cit.*, p. 29.

l'accomplissement de certaines opérations impliquant nécessairement une utilisation des revenus. Il s'agit donc d'opérations économiques portant sur les biens et services (production, consommation...).

Les différents impôts indirects au Soudan français peuvent être classés en trois types.

Nous avons d'abord les droits perçus sur les produits du domaine : Ces droits résultaient de l'exploitation du domaine public et privé du Soudan français, et concernaient les redevances pour l'exploitation des produits forestiers, les droits d'immatriculation et les droits d'extractions ou ramassages de matériaux dans le domaine public.

Ensuite les droits perçus sur les produits des services et exploitations à caractère industriel : ces droits étaient dus par l'imprimerie, les usines des eaux, les usines électriques, les services des transports fluviaux, le garage central, la fabrication de glace et le chemin de fer de Ségou au Bani.

Et enfin, les produits perçus sur ordres de recette étaient les retenues de logement, les produits des travaux topographiques, des cartes d'identité, des permis de conduire, les livrets de domestiques, les permis de chasse, les permis de port d'armes, le parc à bétail et garage à Mopti, les droits d'emmagasins des poudres de commerce, la taxe d'abatage et de visite sanitaire des viandes, les taxes sur les remises commerciales, les ristournes sur les remises allouées au trésorier-payeur, la taxe d'immatriculation sur le registre du commerce, les recettes de campements et caravansérails, la taxe de pacage, cartes de dioula, amendes et produits des lazarets et fourrières³⁰.

Au total, on se rend compte qu'une multitude d'impôts et taxes produisait des recettes pour le compte du budget local du Soudan français.

En plus, des impôts destinés au budget local, il y avait aussi des impôts et taxes destinés au budget des collectivités locales.

³⁰ Voir le régime fiscal de l'exercice de 1946, *op. cit.* p. 43 et s.

B. Les recettes destinées aux collectivités locales

Le colonisateur a entrepris dès 1918 un chantier de décentralisation dans les colonies en Afrique. C'est ainsi que se mettaient en place les premières communes mixtes prévues par l'arrêté du 1^{er} janvier 1911 du gouverneur général. Les premières communes-mixtes, au Soudan français, étaient constituées dans un premier temps à Bamako et à Kayes le 1^{er} janvier 1919³¹, puis à Mopti au 1^{er} janvier 1920³², et dans un second temps les communes de Ségou et Sikasso en 1953 et 1954³³. En 1958, sept nouvelles communes de moyen exercice voyaient le jour³⁴.

Ces communes ainsi créées disposaient d'un budget pour pouvoir prendre en charge les affaires locales. Le budget des collectivités territoriales était alimenté par entre autres des ressources fiscales. Elles concernaient les impôts et les taxes perçus sur le territoire de la commune.

1. Les impôts perçus sur le territoire des communes

C'est le décret du 4 décembre 1920 qui autorisait le gouverneur général de l'AOF à créer des communes mixtes et à déterminer leur régime fiscal. Ainsi, l'arrêté du gouverneur général datant du 16 janvier 1921, pris en exécution de ce décret, confirmé par le nouvel

³¹ Arrêté général du 20 décembre 1918.

³² Arrêté général du gouverneur de 1919.

³³ Ces communes-mixtes sont gérées par un administrateur-maire nommé par arrêté du lieutenant-gouverneur, assisté d'une commission municipale du 1^{er} degré composé de 8 membres titulaires (4 notables citoyens français, 4 notables sujets français) et 4 membres suppléants (2 citoyens français, 2 sujets français).

³⁴ Il s'agit des communes de Kita, Kati, Koulikoro, Koutiala, San, Tombouctou et Gao créées à la faveur de la n° 55-1489 du 18 novembre 1955 relative à la réorganisation municipale en Afrique occidentale française, en Afrique équatoriale française, au Togo, au Cameroun et à Madagascar. Elles sont administrées par un maire qui est un fonctionnaire nommé par le chef de territoire, un conseil municipal élu par un collège unique conformément à la législation en vigueur pour les élections municipales dans les communes de plein exercice. Il faut signaler qu'en 1956 les communes de Bamako, Kayes, Ségou et Mopti sont érigées en communes de plein exercice.

arrêté du 27 novembre 1929, rangeait au nombre des recettes ordinaires du budget, à l'article 30, la part proportionnelle, fixée par arrêté du lieutenant-gouverneur dans les formes réglementaires, sur le produit des impôts, droits et taxes perçus dans les limites de la commune mixte au profit du budget des communes mixtes³⁵.

Selon l'arrêté général du 5 novembre 1942, les recettes ordinaires (des communes mixtes) comprenaient le produit de la contribution foncière, de la contribution mobilière, des patentes et des licences perçues sur le territoire de la commune selon les modalités et les taux fixés pour l'ensemble de la colonie³⁶. D'emblée, on remarque que les communes mixtes avaient en commun ces impôts avec la colonie. Le dernier alinéa de l'article 41 de l'arrêté général de 1942 stipulait que « les impôts directs dont le produit revient à la commune seront perçus de la même façon que pour le budget de la colonie, sur les mêmes rôles et par les mêmes services. ». Les impôts directs locaux étaient donc des impôts additionnels dont la maîtrise échappait complètement aux communes ; les rôles étaient déterminés au niveau de la colonie qui, à travers ses services, procédait à la perception.

Ces impôts locaux avaient une grande importance dans la prise en charge des dépenses communales. Car certains de ces impôts, notamment les patentes et les licences, étaient productifs. Elles contribuaient plus que les autres au renflouement des caisses de ces communes. Malgré l'importance des impôts directs locaux pour les finances locales, le législateur n'a pas daigné donner un pouvoir financier aux communes. Ce pouvoir implique d'avoir la maîtrise du processus de la recette du début jusqu'au recouvrement. Toute chose que les communes du Soudan français n'avaient pas, comme toutes les autres communes d'ailleurs.

En plus des impôts directs, les communes bénéficiaient aussi des taxes pour pouvoir financer leur développement.

³⁵ Pierre-Rodolphe DARESTE, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 108.

³⁶ Voir l'article 41 de l'arrêté général du 5 novembre 1942 (*J.O. A.O.F.* du 21 novembre 1942, p. 1014).

2. *Les taxes communales*

Contrairement aux impôts, les autorités municipales avaient les compétences pour créer des taxes sur le territoire de leurs communes. C'est ainsi, qu'il y avait dans les communes mixtes du Soudan français une multitude de taxes municipales, souvent différentes d'une commune à l'autre. Nous avons notamment les taxes perçues sur rôle et les droits communaux. Pour les taxes perçues sur rôle, les principales étaient : la taxe de voirie, la taxe sur les chiens, la taxe sur les vélocipèdes, la taxe sur les charrettes, la taxe sur les automobiles, la taxe sur les terrasses à café et la taxe sur les véhicules et embarcations. Quant aux droits communaux, les principaux étaient : les droits de marché, les droits d'entrepôt, les droits d'abatage, les droits de transport des viandes, les droits de fourrière, les droits de parcage, les droits d'expédition des actes de l'état civil et les droits de stationnement.

Nous constatons que l'autonomie des communes est plus grande quand il s'agit des taxes, et inexistante quand il s'agit des impôts directs. En réalité la fiscalité des communes au Soudan français n'est que le prolongement de la fiscalité étatique ; chose qui nous fait dire que le pouvoir fiscal des collectivités locales coloniales est un pouvoir dérivé³⁷. Ces impôts et taxes locaux qui « sont apparus à la fin du XIX^e siècle pour accompagner l'émergence de la commune et du département, ils étaient alors des impôts additionnels à des impôts d'Etat³⁸ » servaient à supporter les dépenses de fonctionnement, d'équipement et d'investissement des communes du Soudan français. En dépit de leur rôle dans le développement local, la fiscalité locale n'a pas permis aux collectivités locales du Soudan français d'atteindre l'autonomie financière. Ainsi, toutes les communes avaient des difficultés à supporter leurs différentes charges.

Au total, nous constatons qu'il y avait une multitude d'impôts et de taxes destinés au financement des charges publiques au Soudan

³⁷ Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, *op. cit.*, p. 89.

³⁸ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, *op. cit.*, p. 428.

français. Cette fiscalité soudanaise a été source de traumatisme pour beaucoup de contribuables qui ont continué de subir le poids des impôts même après l'indépendance.

II. Le traumatisme de l'impôt colonial et ses répercussions sur la fiscalité du Mali indépendant

D'emblée, il est important de souligner que les développements qui vont suivre, seront en grande partie consacrés à l'impôt personnel. Parce qu'à notre sens, c'est l'impôt personnel qui a le plus impacté les populations de la colonie du Soudan français. Après cette clarification, nous étudierons successivement le traumatisme de l'impôt à travers son établissement (A) et son impact sur la fiscalité du Mali d'après 1960 (B).

A. Dans l'établissement de l'impôt

Ici, nous constaterons que l'impôt a été, aussi bien, dans son établissement que dans sa perception une source constante de traumatisme pour les populations indigènes de la colonie du Soudan français. Cela est autant vrai que les taux de l'impôt personnel étaient toujours plus élevés et ses moyens de perceptions généralement violents.

1. Une imposition toujours élevée

Dans la colonie du Soudan français, le taux des différentes impositions du colonisateur ont été presque toujours augmentés d'année en année. Accentuant, ainsi, la pression fiscale sur les habitants et particulièrement sur les indigènes de la colonie. Cette augmentation continue de l'impôt même en période de crise avait engendré un certain traumatisme chez les indigènes du Soudan français. Aujourd'hui, encore, c'est ce que beaucoup retiennent de la colonisation française. Par exemple en 1941³⁹, le taux le plus élevé de l'impôt personnel dans le cercle de Bamako était de 35 f, 22 f à

³⁹ Voir le régime fiscal de l'exercice de 1941, *op. cit.*

Bougouni, 15 f à Gao et 25 f à Mopti; alors qu'en 1946⁴⁰ le taux le plus élevé était de 85 f pour le cercle de Bamako, 53 f à Bougouni, 30 f à Gao et 68 f dans le cercle de Mopti. Nous constatons que le taux de l'impôt personnel avait doublé en seulement cinq ans dans les cercles de Bamako, Bougouni, Gao et Mopti. Ce qui révèle de la pression fiscale supportée par les populations de ces cercles. Cette pression fiscale était vue comme une solution de renflouement des caisses de la colonie pour faire face aux différentes dépenses budgétaires. Par conséquent, les indigènes étaient obligés de toujours payer plus d'impôt à l'administration. Cela sans tenir compte de la conjoncture économique dans la colonie. Durant la deuxième guerre mondiale, beaucoup d'indigènes ont été réquisitionnés pour aller combattre au côté de l'armée de la métropole, occasionnant, ainsi, des manques de bras valides pour l'agriculture. Cette situation avait entraîné une baisse considérable de la productivité dans la colonie du Soudan français.

En outre la hausse continue de l'impôt, la détermination des rôles constituées aussi une source de traumatisme pour les indigènes de la colonie. Dans beaucoup de cercles les textes n'étaient pas respectés, dans la mesure où même des enfants de moins de dix ans ont été assujettis à l'impôt, en méconnaissance de la réglementation en vigueur dans la colonie en matière d'impôt personnel. Si dans l'arrêté du 30 septembre 1938 modifié⁴¹, les enfants de moins de quatorze ans en général n'étaient pas concernés par l'impôt personnel au Soudan français, dans la pratique les administrateurs locaux n'hésitaient pas à imposer des enfants de moins de quatorze ans pour pouvoir récolter plus d'impôt dans leur localité. Tous ces phénomènes, la hausse continue et les dérives dans le recensement des assujettis, ont entraîné une incompréhension vis-à-vis de l'impôt. Lui qui était institué pour le bien des contribuables se transforme, au final, en un véritable cauchemar pour ces derniers.

Dans la mobilisation des recettes fiscales, le recensement de la population imposable était capital. C'était à travers le recensement des

⁴⁰ Voir le régime fiscal de l'exercice de 1946, *op. cit.*

⁴¹ Voir le *Journal officiel* du 16 novembre 1938, p. 609.

assujettis à l'impôt qu'on pouvait avoir une bonne maîtrise de la matière imposable. Ainsi, les autorités coloniales mettaient l'accent sur le recensement de la population dans la colonie. En la matière, les autorités locales et coutumières avaient tendance à gonfler le nombre d'habitants dans les familles pour pouvoir récolter plus d'impôt qu'il en fallait sur le dos des contribuables indigènes. Dans la fixation du taux de l'impôt de capitation et son recouvrement, la justice fiscale était reléguée au second plan, au détriment de la rentabilité fiscale dans la colonie du Soudan français.

2. Des moyens de perception violents

Dans la colonie du Soudan français, les rôles numériques⁴² de la population sédentaire étaient exigibles dès qu'ils étaient rendus exécutoires. Leur recouvrement ne pouvait être différé qu'à la suite des instructions données par le gouverneur et en raison de circonstances spéciales. Ainsi, les rôles numériques qu'ils soient établis par famille ou par village, étaient recouverts par les préposés du trésor ou par les agents spéciaux, à la diligence et sous le contrôle des commandants de cercle ou chefs de subdivision et sous la surveillance des chefs de provinces, de canton ou de groupement.⁴³

Il importe de comprendre qu'en plus de l'importance que les recettes fiscales avaient dans le budget de la colonie, leur niveau de perception révélait aussi le degré d'implication et d'acceptation de l'autorité coloniale par les indigènes. La perception de l'impôt était une façon pour le colonisateur de prouver et d'asseoir sa suprématie sur les autorités traditionnelles du Soudan français. Si au départ l'impôt était payé en nature et en prestation, le colonisateur va exiger au fil du temps le paiement par la monnaie française. Commence alors le début de monétisation de l'économie locale. Cette monétisation accentuait en plus les difficultés pour les indigènes à s'acquitter de l'impôt.

⁴² Quant au rôle nominatif, le montant des côtes figurant aux rôles est exigible dans les trois mois qui suivent la date de leur mise en recouvrement.

⁴³ Voir l'article 8 de l'arrêté du 30 septembre modifié, *op. cit.*

Pour un bon taux de recouvrement de l'impôt dans la colonie, les autorités coloniales n'hésitaient pas à utiliser la force et la violence durant le recouvrement. Cette stratégie violente de mobilisation des recettes fiscales avait constitué pour les indigènes une source supplémentaire de traumatisme. Sur le plan législatif, la législation coloniale permettait à « l'autorité française de réprimer les exactions lorsqu'elle les constate. Un trait spécial à la législation des impôts indigènes est le fait que le refus de payer l'impôt, ou d'exécuter les prestations, la négligence à s'en acquitter, la dissimulation de la matière imposable, la déclaration inexacte du nombre d'habitants soumis à l'impôt, sont punis comme des délits et figurent au premier rang des infractions spéciales de l'« indigénat⁴⁴ ». Il est important de signaler, que cette disposition était tout à fait contraire au droit qui régissait les européens, et qui ne punissait le simple manquement au paiement des contributions que d'amendes fiscales⁴⁵.

Dans la pratique, l'obligation première des indigènes était de payer les impôts à l'administration coloniale : « les indigènes avaient le devoir de s'acquitter de leur impôt avant toute autre chose, taxés qu'ils étaient de paresseux. D'ailleurs, une solide tradition coloniale due à Gallieni théoricien du rôle moralisateur de l'impôt voulait que l'impôt personnel soit un moyen excellent d'obliger les indigènes naturellement nonchalants à se livrer à un travail rémunérateur dont le produit leur servira à payer la taxe et sera en même temps un facteur de développement économique⁴⁶».

Ceux qui rechignaient à payer l'impôt dans la colonie s'exposaient à des emprisonnements, confiscation, travaux forcés, torture et à des humiliations de tout genre. Par exemple dans le cercle de Kayes, Semouno Diakite qui avait refusé de payer l'impôt tout en insultant les percepteurs a été condamné à quinze jours de prison et cent francs

⁴⁴ Pierre-Rodolphe DARESTE, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Abdoulaye SENE, *Impact économique de la fiscalité dans le cercle de Thiès de 1895 à 1945*, mémoire de D.E.A, Université Cheick Anta Diop, p. 19.

amende⁴⁷. Un autre exemple de contestation de l'impôt a été constaté dans le village de Diamou, où les populations avaient refusé de payer l'impôt. Dans ce village, l'administration coloniale avait usé de la force pour amener les populations à payer l'impôt⁴⁸. Il faut dire que l'obligation de payer l'impôt avait créé chez les indigènes un sentiment de frustration et d'injustice, amenant souvent à des refus de payer ou des stratégies d'évitement de l'impôt⁴⁹. En effet, « pour le citoyen-contribuable, l'impôt est un pan de l'activité publique subi comme une contrainte parce qu'il incarne l'Etat-spoliateur, qui puise dans les poches de ses sujets un argent que ceux-ci ont péniblement gagné et dûment mérité⁵⁰ ». Ce sentiment de frustration vis-à-vis de l'impôt a perduré même après l'indépendance du Mali.

B. Les séquelles de la fiscalité coloniale

Le 22 septembre 1960, le Mali accède à l'indépendance, par conséquent à la souveraineté nationale. Cette souveraineté s'étend aussi à la souveraineté fiscale qui est «le pouvoir d'édicter un système d'impôt, soit législatif, soit réglementaire, possédant une autonomie technique par rapport aux autres systèmes susceptibles d'entrer en concurrence avec lui⁵¹ ». Cette nouvelle souveraineté fiscale du jeune Etat lui a permis d'édicter des normes en matière fiscale. L'analyse de ces normes attirera notre attention dans la première sous partie, quant à la deuxième, elle sera axée sur l'étude de l'incompréhension suscitée à l'encontre de la fiscalité nationale.

⁴⁷ Rapport politique du mois de mai 1909 dans le cercle de Kayes, Archives nationales du Mali, Fond ancien, 1 E 44.

⁴⁸ « Rapport politique du mois d'avril 1908 dans le cercle de Kayes », Archives nationales du Mali, Fond ancien, 1 E 44.

⁴⁹ Par exemple, certains indigènes quittaient les villages durant le recensement de la population et le recouvrement de l'impôt.

⁵⁰ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, *op. cit.*, p. 1.

⁵¹ Georges DALMIER, « droit fiscal international français », *Jurisclasseur fiscal*, Fasc, n°14, p. 4, cité par Jean-Pierre JARNEVI, *droit fiscal international*, Economica, Paris, 1986, p. 3.

1. Evolution de la législation fiscale nationale

La fiscalité malienne après l'indépendance tire sa légitimité de ses différentes Constitutions. Ainsi, la loi fondamentale du 22 septembre 1960 détermine l'autorité compétente pour établir l'impôt. L'article 24 de cette Constitution du 22 septembre 1960 stipule que l'assemblée nationale dispose des compétences législatives en matière fiscale « le régime d'émission de la monnaie, l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions... la loi des finances détermine les ressources et les charges de l'Etat ». Le système fiscal malien tire alors sa source de la Constitution.

Ce système fiscal est hérité du régime colonial, ainsi la plupart des impositions actuellement perçues ont été en effet créées avant l'accession du pays à la souveraineté nationale. D'où le maintien de certains impôts coloniaux dans la fiscalité malienne. Ce mimétisme fiscal est plus visible sous la première et deuxième République, correspondant à la période allant de 1960 à 1991. Cet intervalle est marqué par l'autoritarisme des dirigeants, surtout dans la perception des impôts et taxes.

Comme signalé plus haut, la plupart des impôts coloniaux sont restés en vigueur après l'indépendance, malgré des ordonnances n° 6-CMLN du 27 février 1970 et n° 2-CMLN du 16 janvier 1973 portant Code des impôts. L'exemple le plus marquant est la survie de l'impôt *per capita* pendant cette période. L'administration fiscale nationale n'hésitait pas à employer des moyens coercitifs de perception, comme sous la colonisation. Cette période a vu l'abaissement du taux de plusieurs impositions vers la fin des années 1980. Nous pouvons citer l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, qui a vu son taux faire l'objet de plusieurs baisses après l'indépendance. Par exemple la loi n° 87-30 du 20 février 1987 a diminué le taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux de 30 % à 25 % pour les particuliers, de 50 % à 45 % pour les sociétés de capitaux et ramené le minimum forfaitaire de 1 % à 0,75 % du chiffre d'affaires.

Quant à la troisième République, elle est marquée par la démocratie et des réformes majeures innovantes en matière de fiscalité. Ainsi, contrairement à la période précédant, l'impôt

personnel capitation a été supprimé⁵². Il était l'une des créations les plus emblématiques de la colonisation française en Afrique.

Dès 1991 un Code des investissements modifié a été adopté à travers la loi n° 91-048/AN-RM du 26 février 1991. Ce Code accorde des exonérations temporaires portant sur les droits de patente professionnelle ; impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (I/BIC) et impôt sur les sociétés (IS) ; impôt sur les revenus fonciers (IRF) afférent aux constructions nouvelles⁵³. La loi n° 98-012/du 19 janvier 1998 est incontestablement une innovation du législateur malien en matière de fiscalité, en ce sens qu'elle régit les relations entre l'administration et les usagers des services publics ; elle est, en partie, le cadre juridique des relations entre le contribuable et l'administration fiscale. Cette loi marque une rupture avec les pratiques fiscales de la colonisation et des deux premières Républiques.

La fiscalité de la troisième République s'inscrit dans le cadre de l'harmonisation des textes nationaux avec ceux de l'UEMOA. Ainsi, la loi n° 99-011 du 1^{er} avril 1999, portant modification du Code général des impôts a introduit des changements significatifs dans la fiscalité au Mali, en harmonisant certaines dispositions du code malien des impôts avec les textes de l'UEMOA. Elle remplace l'IGR (impôt général sur le revenu) par l'ITS (impôt sur le traitement du salaire), institue l'impôt synthétique.... Cet impôt synthétique est applicable aux exploitants individuels d'entreprises réalisant au plus trente millions de francs CFA de chiffre d'affaires hors taxe. Il est le regroupement de neuf impôts en une seule quotité acquittée une seule fois l'an par les petits commerçants et les petites entreprises qui ne

⁵² Voir Bréhima KASSIBO, « La Décentralisation au Mali : État des Lieux », *Bulletin de l'APAD* [En ligne], 14 | 1997, mis en ligne le 26 janvier 2007, consulté le 31 décembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/apad/579>

⁵³ La durée de la période d'exonération est modulée en fonction de trois critères, à savoir : le régime d'agrément de l'entreprise ; la zone d'implantation du projet d'investissement ; le niveau d'utilisation des matières premières locales.

réalisent pas plus de trente millions de francs CFA de chiffre d'affaires par an.

En matière d'impôt sur les revenus de valeur mobilière, cette loi apporte, aussi, des précisions sur la notion de revenus distribués ou réputés distribués, l'abaissement des taux d'imposition conformément aux décisions de l'UEMOA, l'exonération des produits d'obligations versés à des résidents hors UEMOA... Enfin, les autres Codes adoptés après la loi de 1999 ont, pour la plupart, complété le chantier de l'harmonisation. Malgré, toutes ces réformes le système fiscal malien reste incompris.

2. Un système fiscal toujours incompris

L'apport de la fiscalité est indéniable dans le développement d'un Etat « L'impôt est l'instrument privilégié de financement de la collectivité publique. L'Etat incarne l'intérêt général, et pour assumer ses compétences, il a besoin de recettes. Les conditions de perception de celles-ci sont imprégnées de cette légitimité. C'est là la dimension première, historiquement et fondamentalement, du rôle de l'impôt, elle justifie à elle seule les prérogatives qui caractérisent la détermination et le recouvrement de la recette fiscale⁵⁴». Mais, cet instrument de développement est, malheureusement, peu efficace au Mali à cause de son incompréhension par la population.

En effet, aux yeux d'une grande partie de la population malienne, la fiscalité d'après indépendance est la survivance de la fiscalité coloniale. Comme sous la période coloniale, aujourd'hui encore, la fiscalité de l'Etat est contestée, parce qu'incomprise et toujours sources de traumatisme chez certains. Les souvenirs douloureux de l'impôt en ce qui concerne ses taux toujours élevés et ses moyens de perception, sont restés vivace au sein de la population. Ce qui fait que l'impôt est craint et évité dans le pays « Ceci est dû à deux causes essentielles. Au Mali, l'impôt instauré depuis la période précoloniale revêtait pour les populations une consonance négative (ni songo: prix de la vie, ou di songo: prix de l'hydromel), il symbolisait l'allégeance

⁵⁴ Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, *op. cit.*, p. 19.

forcée à un pouvoir étranger. Sous le régime colonial, l'impôt en numéraire se substitua à l'impôt en nature, sa perception s'effectua par la coercition et il en fut de même sous les I^{ère} et II^e Républiques⁵⁵».

Il faut dire que cet évitement n'est pas étranger au faible taux de recouvrement au Mali. Nous pouvons donc affirmer que l'une des causes de l'incivisme fiscal réside dans l'incompréhension de l'impôt, et ce depuis l'époque coloniale. Cette incompréhension anéantit toute conscience fiscale. Pour beaucoup, le fait de ne pas payer l'impôt est presque normal, parce que considéré comme une charge injuste. Ce soupçon d'injustice fait que voler le fisc n'est pas vu comme un vol, mais comme une réparation. L'impôt est d'autant plus incompris et craint que les représentants de l'Etat dans les cercles ont gardé le nom de commandant de cercle, jusqu'à une période récente⁵⁶, alors que ce nom est lié à la pression et aux violences fiscales dans la colonie du Soudan français.

Il y a aussi, une incompréhension de l'impôt par rapport à la non visibilité de son impact sur la vie quotidienne des contribuables et sur le développement du pays en général. Il faut juste signaler que la corruption n'est pas étrangère à cette situation. En effet, la corruption est l'un des facteurs, et non des moindres, de l'incivisme fiscal au Mali. Pour la plupart des contribuables, l'argent des impôts payés n'est pas utilisé pour la satisfaction des besoins d'intérêt général, mais détourné par les gouvernants.

Enfin, le système fiscal malien est incompris parce que les contribuables ne sont pas assez sensibilisés par rapport à l'utilité de l'impôt. Cette faible sensibilisation est accompagnée d'une absence de vulgarisation des textes en matière de fiscalité au Mali. Cette réalité est un frein au développement de la conscience fiscale au sein des contribuables.

*

⁵⁵ Bréhima KASSIBO, « La Décentralisation au Mali : État des Lieux », *op. cit.*

⁵⁶ Aujourd'hui les représentants de l'Etat dans les cercles s'appellent des sous-préfets et non plus des commandants de cercle.

* *

Cette réflexion sur la fiscalité au Soudan français fait apparaître l'existence de plusieurs impôts et taxes dans la colonie. Ceux-ci constituaient un élément important de la stratégie coloniale en Afrique. En ce sens, que la fiscalité était perçue à la fois comme un instrument de développement et un instrument de civilisation des indigènes dans les différents territoires colonisés. Mais, l'impôt s'était avéré rapidement aux yeux de la population soudanaise comme un moyen d'extorsion de leurs biens par l'administration coloniale.

Nous avons pu le constater dans nos différents développements que l'impôt personnel était une contribution qui avait causé chez plus d'un soudanais un sentiment de rejet. Ce sentiment était dû à la hausse continue du montant de cet impôt et des moyens souvent violents qui étaient mis en œuvre pour le percevoir. Ce refus de l'impôt n'a pas disparu avec l'indépendance du Mali. Ainsi, le traumatisme engendré par l'impôt colonial a eu un impact négatif sur la fiscalité nationale malienne.

Le contribuable malien est toujours aminé par la peur et le rejet de l'impôt, malgré plusieurs réformes pour rendre l'impôt plus supportable et plus juste. Le taux de recouvrement de l'impôt est toujours faible dans le pays. L'incivisme fiscal est monnaie courante et constitue un frein au développement car la réussite de toute politique de développement dépend en grande partie de la bonne mobilisation des ressources fiscales pour financement des activités des pouvoirs publics. Ce sont les recettes fiscales qui procurent à l'Etat malien une part importante des ressources dont il a besoin pour remplir ses fonctions régaliennes (sécurité, diplomatie, droit, économie, finance et protection) et offrir des biens et services (éducation, santé, eau et assainissement, etc.) aux populations.

Or, aujourd'hui avec un taux de recouvrement insatisfaisant, il y a un déséquilibre entre les recettes et les dépenses de l'Etat, ce qui ne favorise pas une comptabilité nationale saine, autonome et équilibrée. Le relèvement du taux de recouvrement de l'impôt et la lutte contre l'incivisme au Mali passe par la sensibilisation et l'information des

Issouf Touré

contribuables afin de leurs inculquer la conscience fiscale, la lutte contre la corruption et la justice fiscale.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- ALLAND Denis et Stéphane RIALS, sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{ère} édition, Quadriga, Puf, Paris, 2003, p. 805
- BABA KAKE Ibrahima, *L'Afrique coloniale*, Collection Histoire Générale de l'Afrique ACCT – 1990, p. 102 In « Quelles politiques de développement pour l'Afrique subsaharienne durant la colonisation ? », Document web : <http://histgeo.ac-aix-marseille.fr/a/div/d038.htm>
- BOUVIER Michel, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA, 2005, p. 30
- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 10^e édition mise à jour, Puf, 1987, p. 461
- DALMIER Georges, « Droit fiscal international français », *Jurisclasseur fiscal*, Fasc., n° 14, p. 4, cité par DARESTÉ Pierre-Rodolphe, *Traité de droit colonial*, tome II, *op. cit.*, p. 79
- FOTSING Jean-Baptiste, *Le pouvoir fiscal en Afrique : Essai sur la légitimité fiscale dans les Etats d'Afrique noire francophone*, LGDJ, 1995, p. 39
- GROSCLAUDE Jacques et Philippe MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, Dalloz, Paris, 1998, p. 19
- Jacques GROSCLAUDE et Philippe MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, Dalloz, Paris, 1997, p. 1
- JARNEVI Jean-Pierre, *Droit fiscal international*, Economica, Paris, 1986, p. 3
- JEZE Gaston, *Cours de finances publiques*, LGDJ, 1936, cité Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, librairie générale de droit et de jurisprudence, EJA, 2005, p. 21 et 22
- KASSIBO Bréhima, « La Décentralisation au Mali : État des Lieux », Bulletin de l'APAD [En ligne], 14 | 1997, mis en ligne le 26 janvier 2007, consulté le 31 décembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/apad/579>
- SENE Abdoulaye, *Impact économique de la fiscalité dans le cercle de Thiès de 1895 à 1945*, mémoire de D.E.A, Université Cheick Anta DIOP, p. 19