



UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITOLE

UNIVERSITE DES SCIENCES JURIDIQUES ET  
POLITIQUES DE BAMAKO

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

N°11 - 2022

# ETUDES DE DROIT PRIVE ET DE DROIT PUBLIC

sous la direction de Bakary CAMARA et Mamadou  
Lamine DEMBELE

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole



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

**ETUDES DE DROIT PUBLIC**

**ET DE DROIT PRIVE**



**REVUE MALIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES  
ET ECONOMIQUES DE BAMAKO (REMASJUPE)  
N° 11\_2022**

**ETUDES DE DROIT PRIVE  
ET DE DROIT PUBLIC**

**sous la direction de Bakary Camara  
et Mamadou L. Dembele**

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

**Copyright et diffusion : 2022**

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

**ISBN : 978-2-36170-238-0  
ISNN (France) : 2555-767X  
ISNN (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).

**REDACTEUR 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

Comités de la publication

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

**COMITE DE LECTURE :**

MM. les professeurs

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



## PRESENTATION DES DIRECTEURS DE LA PUBLICATION

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

**Mamadou Lamine 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'École 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,

#### Présentation des directeurs de la publication

des institutions et anthropologie juridique de l'USJPB. Le professeur Dembélé a à son actif plusieurs travaux académiques, articles et communications scientifiques. Le professeur Dembél est actuellement le responsable, au niveau de l'USJPB, de la formation doctorale.

## TABLE DES MATIERES

LE PROCESSUS CONSTITUANT TRANSITIONNEL AU MALI : DE L'ECHEC DE L'APPROCHE REFORMISTE AUX EXIGENCES DE L'APPROCHE REFONDATRICE Abraham BENGALY.....	15
LE PROCESSUS DE MISE EN PLACE DE LA POLICE DE PROXIMITE DANS LES ETATS DU SAHEL : CAS DU MALI ET DU BURKINA FASO Mamadou Lamine DEMBELE et M. Walama SANGARE.....	51
L'APPROPRIATION FONCIERE AU MALI ENTRE DROIT COUTUMIER ET DROIT FORMEL : HISTOIRE D'UNE IMPASSE Souleymane DIARRA.....	73
LE JUGE ET L'INTERÊT DE L'ENFANT EN DROIT IVOIRIEN » Kouassi Serge Eric GNAKRI.....	95
LA DIFFICILE CONCILIATION ENTRE LE RESPECT DU DROIT FONDAMENTAL A LA LIBERTE DE LA PRESSE ET CELUI A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE ET DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL EN DROIT POSITIF MALIEN Mahamadou Aly HAIDARA.....	169

LA SURVEILLANCE DES EMPLOYES SUR LES LIEUX DE TRAVAIL ET LA PROTECTION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL EN DROIT MALIEN Mahamadou Aly HAIDARA.....	209
LA SITUATION DES DROITS DE L'ENFANT AU MALI : LE DROIT D'AUDITION EN PROCEDURE DE DIVORCE, UNE REALITE LEGALE MECONNUE DU JUGE MALIEN Mohamed KEITA.....	245
LE CONTROLE DE L'ETAT SUR LES ETABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS AU MALI Abdoulaye KONE.....	269
L'EVOLUTION DU STATUT JURIDIQUE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE DU MALI: DE L'AUTORITARISME AU REEQUILIBRAGE DES POUVOIRS ? Yacouba KONE.....	295
L' « ARBRE A PALABRES » DANS LA RESOLUTION DES CONFLITS EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE : CAS DES DIDA DE COTE D'IVOIRE <u>KRAGBE Azowa Gilles .....</u>	<u>337</u>
LA PROTECTION COGNITIVE DU CONSOMMATEUR MALIEN Almoustapha Ibrahima MAIGA et Aly Kola KOITA.....	385
LE CONTENTIEUX DE LA REGULATION DANS LES ETATS D'AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE. LES CAS DU CAMEROUN ET DE LA COTE D'IVOIRE Éric Stéphane MVAEBEME .....	413

LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : LES CAS DU BENIN, DU MALI ET DU SENEGAL Allaye NIANGALY et Abdoul SOGODOGO.....	461
LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT À L'ALIMENTATION EN AFRIQUE DE L'OUEST Mamadou NIENTAO.....	511
L'EVOLUTION DE L'OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF EN AFRIQUE DE L'OUEST SANGARE Moussa Moise.....	551
LA REVOCATION DES ELUS LOCAUX DANS LE DROIT DE LA DECENTRALISATION DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE Eric SIMO.....	607
COUR CONSTITUTIONNELLE : INTERPRETATION DE LA CONSTITUTION Serge François SOBZE.....	657
L'EFFECTIVITE DU TRAVAIL DES ENFANTS EN DROIT MINIER MALIEN Demba TRAORE.....	677
LA CONTRACTUALISATION FISCALE DES PRIX DE TRANSFERT ET LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT AU MALI Demba TRAORE.....	699



**LE PROCESSUS CONSTITUANT TRANSITIONNEL AU MALI :  
DE L'ECHEC DE L'APPROCHE REFORMISTE AUX EXIGENCES  
DE L'APPROCHE REFONDATRICE**

**Abraham BENGALY,  
enseignant- chercheur,  
Faculté des sciences administratives et politiques,  
Université des sciences juridiques et politiques de Bamako**

**Résumé :** *Le peuple souverain du Mali a tenu, du 29 juillet au 12 août 1991, sa conférence nationale, entrant ainsi dans l'ère du renouveau démocratique. La Constitution, adoptée à la faveur du scrutin référendaire du 12 janvier 1992, a permis d'enregistrer des avancées considérables. Au nombre de celles-ci figurent la constitutionnalisation de certains droits fondamentaux, la consécration du multipartisme intégral, la limitation à deux du nombre de mandat présidentiel, la création d'une juridiction constitutionnelle, le renforcement de l'indépendance de la justice, désormais érigée en pouvoir, et la consolidation de la décentralisation.*

*Après une décennie de pratique institutionnelle, la nécessité d'une meilleure adaptation des institutions au besoin du pays a été établie au fur et à mesure que la Constitution affirmait à la fois comme la norme suprême et l'instrument d'expression de l'unité nationale.*

*Pendant un quart de siècle de pratique démocratique, les occasions de se concerter, d'identifier les goulots d'étranglements dans la conduite des affaires publiques, d'identifier et de corriger les faiblesses et les failles du système de gouvernance n'ont pas manqué en réalité tout comme la formulation des réformes politiques et institutionnelles maintes fois soumises à l'attention des autorités par les différents comités d'experts commis à cet effet.*

*Le Parlement dont le renforcement par l'instauration du bicamérisme, a été sollicité plusieurs fois, a délibéré sur trois projets de loi constitutionnelle qui,*

*malheureusement, n'ont pu être soumis au peuple à cause de la faible inclusivité d'une partie importante des forces politiques et sociales.*

*Ainsi, la trajectoire de la Constitution du 25 février 1992, fut parsemée d'embûches, tantôt suspendue puis rétablie, tantôt rétrogradée pour se conformer à une supra norme puis encore rétablie résistant ainsi à temps et à contretemps aux modifications opportunes ou non.*

*Aujourd'hui, avec l'avènement de la transition, la quatrième de son histoire, le peuple malien aspire à un changement profond de la gouvernance qui passe par un nouveau contrat social. D'où la nécessité de procéder non pas à des séries de réformes plus ou moins efficaces comme les propositions issues des quatre tentatives de révision de la Constitution de 2000 à 2020, mais à une vraie refondation de l'Etat, inspirée du patrimoine politico-institutionnel et des valeurs sociétales déjà partagées par l'ensemble des communautés maliennes.*

*Les transitions sont, en général, des moments de désinstitutionnalisation mais aussi du choix du régime et des institutions futures. Pour marquer la rupture avec la III<sup>e</sup> République, la nouvelle Constitution pourrait consacrer l'avènement d'un régime parlementaire, la constitutionnalisation de certains droits fondamentaux mais aussi et surtout la redéfinition de l'architecture institutionnelle afin de l'adapter au projet de refondation de l'Etat.*

**Mots-clés :** *réforme, Constitution, transition et refondation*

La question lancinante qui se pose dans les pays en transition est de savoir s'il s'agit de changer de Constitution ou de changer de République. C'est pourtant là une question cruciale car le défi que rencontrent ces pays est de savoir si, après plusieurs décennies de mauvaise gouvernance et de crise profonde, il suffit de « changer de République » pour résoudre l'ensemble des problèmes de la Nation. La crise de gouvernance consécutive à la situation insurrectionnelle, qualifiée de « révolution citoyenne », a créé au Mali, un vide institutionnel inédit, avec la démission d'institutions des deux



pouvoirs : l'exécutif (le président de la République et le gouvernement) et le législatif (Assemblée nationale)<sup>1</sup>.

L'armée, intervenue pour arbitrer, à la recherche d'un équilibre, n'a pas suspendu la Constitution en vigueur. Il s'en est suivi un accommodage juridico-institutionnel de légitimation à travers la coexistence de deux normes à valeur constitutionnelle, l'organisation des concertations nationales en septembre 2020, l'adoption d'une charte de la transition et de sa feuille de route, aboutissant à un « constitutionnalisme transitoire ». Sur cette base ont été érigés les différents organes habilités de cette nouvelle Transition malienne, la quatrième.

La démarche d'ouverture qui s'en est suivi, s'apparente à une inversion sociale<sup>2</sup>. Celle-ci devrait servir à légitimer les rôles et les missions des organes de la transition, notamment en matière de réformes politiques et institutionnelles, promises et attendues<sup>3</sup>. Ainsi, de façon systématique les acteurs socio-politiques saisissent cette occasion pour revendiquer aux autorités en place la remédiation à la faillite de gouvernance, la résolution des désaccords relatifs aux conflits sociaux, d'une manière générale, l'élaboration d'un nouveau

---

<sup>1</sup> Les événements du 18 août 2020 consécutifs à l'insurrection populaire ont entraîné la démission du président Ibrahim Boubacar Keita qui a prononcé au même moment la dissolution du gouvernement et de l'Assemblée nationale. Les institutions relevant du « pouvoir judiciaire » qui ont survécu, la Cour constitutionnelle nouvellement reconstituée et la Cour suprême ont joué un rôle important dans la mise en place du cadre juridique et institutionnel de la transition.

<sup>2</sup> L'inversion sociale constitue le désordre social, le trouble social organisé ou non qui peut être temporel ou permanent et qui débouche sur un ordre nouveau ou rénové. A l'instar du processus démocratique amorcé au Mali en 1991 qui constitue le début d'une nouvelle forme d'inversion sociale, juridique, politique et économique, le processus de 2020 est perçu comme une nouvelle forme d'inversion à travers la refondation de l'État. V sur ce point Bakary CAMARA, « La transition démocratique comme forme d'inversion sociale en Afrique de l'ouest : Le cas du Mali », in *L'inversion sociale : un défi au droit et à l'ordre REMASJUPE*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 67.

<sup>3</sup> Mamadou Mohamed COULIBALY, « Mémoire sur la question territoriale », in *Le carnet de la refondation* n° 1, mai 2021, p. 43.

contrat social au moyen d'un processus de réforme constitutionnelle inclusif et participatif.

Cet enthousiasme s'explique par le fait qu'aucune force politique ne soit majoritaire au sein des institutions de la transition et que les membres de ces institutions ne soient pas autorisés à se porter candidats aux élections générales à venir. Pour mener à bien le processus de réforme constitutionnelle de manière inclusive et participative tenant compte du pluralisme, de la diversité des intérêts et des aspirations légitimes des populations, il est fait appel à un processus constituant transitionnel.

Selon Frédéric Megret, le processus constituant est, de par sa nature même, (presque) toujours transitionnel<sup>4</sup>. Il identifie deux types de processus transitionnels. Le premier qui est révolutionnaire, survient lorsque l'ordre établi a été abattu. Le processus constituant doit alors s'extraire des institutions déliquescents, dysfonctionnelles, corrompues qui ont été renversées. Le second qui est formel, cherche à renouveler les institutions, mais le changement s'effectue à l'intérieur des catégories préexistantes du droit et de la Constitution<sup>5</sup>.

A l'évidence, au Mali, nous sommes dans le premier cas de figure, car il faut impérativement purger le passé pour construire un avenir différent. Pour cela, certains voudraient s'appuyer sur les règles constitutionnelles caduques à l'idée de préserver « la fiction d'une continuité constitutionnelle », bien qu'illégitimes. D'autres, *a contrario*, choisiraient d'assumer pleinement « le projet de rupture ». Ce qui semble plus logique et conséquent. Le processus transitionnel devrait tirer les enseignements de l'échec de l'approche réformatrice (I) basée sur la transformation et la modernisation de l'Etat en vue de faire face aux exigences d'une approche refondatrice (II) qui vise à purger le passé et à construire l'avenir.

---

<sup>4</sup> Frédéric MEGRET, « Les processus constituants transitionnels : essai de typologie et analyse critique » in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, p. 569.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 570.

## I. De l'échec de l'approche réformatrice

La Constitution, par définition, se présente comme une œuvre durable destinée à braver le temps. A l'épreuve du temps on constate qu'elle ne résiste pas indéfiniment à l'évolution de la société. En conséquence, il n'est pas de Constitution qui puisse être définitive<sup>6</sup>. Il faudra donc lui apporter des retouches, des compléments, des adaptations. Au fil des années, cette nécessité s'est fait sentir concernant la Constitution du 25 février 1992. C'est ainsi qu'on assista à l'avènement d'un pouvoir constituant exceptionnel (A) qui n'a pu mener à terme les différentes initiatives de réforme constitutionnelle faute d'inclusivité (B).

### A. Un pouvoir constituant exceptionnel à l'épreuve des tentatives de réforme constitutionnelle

La révision constitutionnelle suppose la modification par suppression ou rajout au texte constitutionnel initial de dispositions nouvelles. Il ne remet nullement en cause, encore moins ne se substitue au texte révisé. Ainsi, lesdites modifications doivent transparaître dans la configuration de la loi de modification par la juxtaposition d'articles nouveaux avec, à l'appui, les dispositions constitutionnelles modifiées<sup>7</sup>.

Depuis plus de deux décennies, la Constitution du 25 février 1992 a fait l'objet de plusieurs tentatives de révision parce que n'étant plus adaptée aux réalités de la vie nationale ni aux exigences du nouveau contexte institutionnel<sup>8</sup>. Cette approche réformatrice de la Constitution procède du souci d'adapter les institutions de la République à l'évolution du contexte socio-politique et à de nouvelles réalités et attentes populations. Ainsi, de 2000 à 2020, quatre tentatives

---

<sup>6</sup> Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *Droit constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, 28<sup>e</sup> édition, 2017 p. 86.

<sup>7</sup> Arrêt n° 2017-04/CCM/REF de la Cour constitutionnelle du 04 juillet 2017.

<sup>8</sup> La Constitution, fondatrice de la III<sup>e</sup> République, a été adoptée par référendum le 12 janvier 1992 et promulgué par le décret n° 92-073/P-CTSP du 25 février 1992. Elle a posé les bases juridiques et institutionnelles de l'ancrage de l'Etat de droit et de démocratie pluraliste au Mali.

de révision de la Constitution ont été effectuées<sup>9</sup> à l'appui de deux acteurs : le collège d'experts (1) qui fut un outil de légitimation du processus de révision de la Constitution et le Parlement (2) qui a exercé un rôle mitigé de constituant dérivé<sup>10</sup>.

*1. Le collège d'experts, un outil de légitimation du processus de révision constitutionnelle*

Les comités d'experts sollicités par le pouvoir politique se sont multipliés au cours de ces vingt dernières années.<sup>11</sup> Si ces comités interviennent toujours à la demande du pouvoir politique, la fréquence de la procédure a permis aux experts d'acquérir peu à peu un véritable statut. A la différence des assemblées constitutionnelles, les comités d'experts n'ont pas de vocation politique en ce qu'elles sont essentiellement composées de techniciens et spécialistes de droit, de la science politique et autres disciplines pertinentes<sup>12</sup> désignés sous le vocable « experts ». Selon Sylvie Torcol, « l'expert est un technicien du fait, capable d'expliquer à des non spécialistes la genèse, les causes et les conséquences des faits. Il a pour mission de procurer à celui qui le consulte des éléments d'appréciation cartésiens, rationnels et objectifs. Il peut aussi être appelé pour tenir le simple rôle d'agitateur cartésiens, rationnels et objectifs. Il peut aussi être appelé pour tenir le

---

<sup>9</sup> Les tentatives de révision de la Constitution se sont déroulées respectivement en 1999-2001, 2008-2011, 2016-2017, 2019-2020.

<sup>10</sup> *Etude relative à la conception d'un processus de révision de la Constitution de la République du Mali* réalisée par la fondation Max Planck pour la paix internationale et l'Etat de droit, décembre 2018 tome 1, p. 7.

<sup>11</sup> Le comité Vedel constitue le premier véritable groupe d'experts en matière constitutionnelle en France. Comme le rappellent Francis HAMON et Michel TROPER : « c'est en effet la première fois dans l'histoire constitutionnelle française qu'un projet de révision de la Constitution est confié par décret à des personnalités choisies en fonction de leurs compétences et qui, à une exception près, n'étaient titulaires d'aucun mandat politique, autrement dit à des sages ». Le Mali a abondé dans ce sens en mettant en place en 2008 le premier comité d'expert à l'instar du comité Vedel.

<sup>12</sup> *Etude relative à la conception d'un processus de révision de la Constitution de la République du Mali*, *op. cit.*, p. 9.

simple rôle d'agitateur d'idées de dégager un terrain miné, aider un problème à mûrir »<sup>13</sup>.

Dans la pratique, on distingue les comités « fondateurs », qui ont pour mission de proposer un projet de nouvelle Constitution des comités « réformistes » chargés de réfléchir à une modernisation ou une rénovation du texte existant.<sup>14</sup> Le Mali a expérimenté les deux types de comité d'experts. En 1991 lors de l'élaboration de la Constitution, un comité « fondateur » a été mandaté par la Conférence nationale pour produire l'avant-projet de Constitution. A partir de 2008, trois comités « réformistes » ont été créés pour mener la révision de la Constitution.

En l'absence de risque institutionnel majeur, les justifications du recours au comité d'experts sont à rechercher dans le contexte politique et institutionnel précédant sa mise en place. Le comité est avant tout une structure au service d'une stratégie de légitimation d'un projet de révision constitutionnelle. Ce projet procède d'un diagnostic institutionnel subjectif détaillé par l'exécutif dans la lettre de mission qu'il adresse au comité<sup>15</sup>.

Dès le début de son second mandat en 2007, le président Amadou Toumani Touré annonça à la Nation la nécessité d'une réforme constitutionnelle. Un comité de réflexion sur la consolidation de la démocratie présidée par Daba Diawara, a été mis sur pied en février 2008<sup>16</sup>. L'objectif était d'obtenir des propositions dont la mise en œuvre permettrait de clarifier les compétences des institutions de la République ainsi que leurs relations et, au besoin, de recentrer ou de renforcer lesdites compétences ; de corriger les lacunes et les

---

<sup>13</sup> S. TORCOL, *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la Constitution européenne, essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle*, p. 39, cité par Severin A. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 72.

<sup>14</sup> F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 30ème édition, Paris, LGDJ, 2006, p. 520.

<sup>15</sup> Les comités d'experts de 2008, 2017 et 2019 ont reçu des lettres fixant les termes de référence de leurs missions.

<sup>16</sup> Suivant la lettre de mission n° 00000030/PRM du 20 février 2008, le président de la République a enjoint au comité d'experts de mener une réflexion sur la consolidation de la démocratie au Mali.

insuffisances révélées par la pratique institutionnelle et, d'une manière générale, d'améliorer le système électoral et le mode de financement des partis politiques ; de donner à l'opposition les moyens politiques, juridiques et financiers lui permettant d'exercer son rôle et de garantir ses droits<sup>17</sup>.

Au terme de son mandat, le comité a remis au président de la République un rapport qui fait le diagnostic du système politique malien et propose des solutions. C'est ce rapport qui alimentera plus tard, les travaux du comité d'appui aux réformes institutionnelles (CARI)<sup>18</sup>. Afin d'éviter au pays des crises politiques à répétition, le président Ibrahim Boubacar Keita, élu en 2013, s'est engagé à bâtir un nouvel Etat, notamment à travers la relecture de la Constitution. Cet engagement politique visait entre autres à établir un meilleur équilibre entre les pouvoirs constitutionnels, à rationaliser les institutions constitutionnelles, à renforcer le rôle législatif et de contrôle de l'action gouvernementale de l'Assemblée nationale<sup>19</sup>.

A cela s'ajoute l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali qui prescrit des mesures tendant à améliorer la gouvernance au Mali au nombre desquelles l'on retient principalement l'approfondissement de la décentralisation, le renforcement de la légitimité des pouvoirs et des moyens des collectivités, la création d'une deuxième chambre parlementaire, l'amélioration de la représentation des populations à l'Assemblée nationale<sup>20</sup>. Dans le cadre de l'opérationnalisation de ces

---

<sup>17</sup> Rapport au président de la République du comité d'experts présidé par Daba Diawara, septembre 2008, p. 5.

<sup>18</sup> Le comité d'appui aux réformes institutionnelles (CARI) a été créé par décret n° 08-732/P-RM du 11 décembre 2008 portant création du comité d'appui aux réformes institutionnelles (CARI) modifié par le décret n° 08-750/P-RM du 17 décembre 2008. Le CARI avait pour mission : l'élaboration de l'avant-projet de loi portant révision de la Constitution et des projets de textes de mise en œuvre des mesures retenues par le président de la République pour la consolidation de la démocratie au Mali.

<sup>19</sup> Note d'orientation sur la révision de la Constitution du 25 février 1992 du comité d'experts pour la révision de la Constitution (2016-2017), le 22 juin 2016.

<sup>20</sup> L'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger prévoit des réformes politiques et institutionnelles dont entre autres la

mesures, un comité d'experts a été chargé, en 2017, d'élaborer un avant-projet de loi portant révision de la Constitution qui en corrige les insuffisances en s'appuyant notamment sur les clauses de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger et les acquis des précédentes tentatives de révision constitutionnelle<sup>21</sup>.

Toutefois, face à la contestation populaire menée par des organisations de la société civile, des mouvements et partis politiques, le référendum voulu par le président de la République, initialement prévu pour le 9 juillet 2017, a été reporté puis suivra le retrait de la loi constitutionnelle<sup>22</sup>. Deux années après, un autre comité d'experts ayant les missions similaires a été créé pour élaborer un avant-projet de loi portant révision de la Constitution du 25 février 1992 en tenant compte notamment des clauses de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali, issu du processus d'Alger qui relèvent de la matière constitutionnelle<sup>23</sup>.

La révision constitutionnelle de 2019, faut-il le souligner, visait à capitaliser les propositions pertinentes des précédentes tentatives de révision constitutionnelle et à renforcer les acquis démocratiques comme le caractère républicain et la forme laïque de l'Etat du Mali. Dans le cadre de leurs missions, les experts étaient invités à clarifier les compétences des institutions de la République, à assurer la mise en œuvre efficace des dispositions de l'accord pour la paix et la réconciliation issu du processus d'Alger parmi lesquelles figurent entre autres la création d'une seconde chambre, le renforcement de la

---

création de la deuxième chambre, l'augmentation du nombre de circonscriptions électorales, la régionalisation.

<sup>21</sup> Art. 2 du décret n° 2016-0235/PM-RM du 20 avril 2016 portant création du comité d'experts de la révision constitutionnelle.

<sup>22</sup> « Antè A bana » était le mouvement qui réunissait les partis politiques, la société civile, les personnalités qui étaient opposés au processus de révision constitutionnelle proposé par le président de la République en 2017. Le mouvement est parvenu à faire reculer in extremis les autorités, ces dernières ayant sursis au projet à l'époque. Mais le président IBK a su calmer les ardeurs pour mieux rebondir au moment propice.

<sup>23</sup> Décret n° 2019-0015/PM-RM du 14 janvier 2019 portant création du comité d'experts pour la réforme constitutionnelle.

gouvernance locale. A l'analyse, le point commun de toutes ces révisions faisant intervenir des comités d'experts réside *a priori* dans le caractère complexe ou controversé des processus envisagés. Toutes les questions sur lesquelles les comités ont été consultés se sont révélées particulièrement sensibles, notamment du point de vue politique.

Cependant, comme l'a souligné Baptiste Javary, l'échec ou le report d'une révision constitutionnelle consécutive aux travaux du comité ne signifie pas pour autant l'échec du comité lui-même. En effet, soutient-il, si les réformes passent, les rapports restent, et l'on peut raisonnablement imaginer qu'ils pourront être réexaminés lorsque la situation l'exigera. C'est donc seulement avec un certain recul que l'on peut mesurer l'efficacité réelle des rapports des comités d'experts chargés de la réforme constitutionnelle »<sup>24</sup>. Ainsi, dès lors qu'il procède d'une analyse des évolutions constitutionnelles, ces rapports ont nécessairement des répercussions sur le travail du constituant dérivé, l'invitant, dans la plupart des cas, à un réformisme réfléchi et mesuré<sup>25</sup>.

## 2. Le Parlement, un constituant dérivé au rôle mitigé

Au Mali, l'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République et aux députés. Le projet ou la proposition doit être voté par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers de ses membres. La révision n'est définitive qu'après avoir été approuvée par référendum<sup>26</sup>. Le parlement malien est au cœur du dispositif de révision de la Constitution. En sa qualité de constituant dérivé il a été saisi par l'ensemble des présidents de la 3<sup>e</sup> République en vue de l'adoption des lois constitutionnelles<sup>27</sup>.

La loi n° 00-54/AN-RM du 21 juillet 2000 fut la première loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale. Dans sa lettre du

---

<sup>24</sup> Baptiste JAVARY, « Le rôle pré-constituant des comités d'experts », in *Jurisdoctoria* n° 10, 2013.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Article 118 de la Constitution du 25 février 1992.

<sup>27</sup> Il s'agit des présidents Alpha Oumar Konaré, Amadou Toumani Touré et Ibrahim Boubacar Keita.



4 mai 2000 transmettant au président de l'Assemblée nationale le projet de loi portant révision de la Constitution, le président Alpha Oumar Konaré soulignait « le besoin d'une adaptation des institutions et d'une meilleure formulation de certaines dispositions de la loi fondamentale ». Ainsi, un nombre important de réformes fut préconisé par cette loi constitutionnelle. On peut citer entre autres : la réduction de huit à six du nombre des institutions de la République, d'une part, par la suppression de la Cour suprême éclatée en une Cour de cassation, un Conseil d'Etat et une Cour des comptes et d'autre part, par la soustraction de la Haute cour de justice de la liste desdites institutions. A cela s'ajoutent d'autres propositions de réformes notamment : l'information de l'Assemblée nationale de toute décision d'envoyer des troupes maliennes en dehors du territoire national ; la redéfinition des attributions du Conseil économique social et culturel ; l'unification des organes chargés de la régulation de la communication et de l'égal accès aux médias d'Etat.

Par ailleurs, d'autres aménagements avaient été préconisés, notamment, la suppression de la nationalité malienne d'origine comme condition de recevabilité des candidatures à l'élection du président de la République ; l'élargissement du délai à l'intérieur duquel les élections présidentielle et législative sont organisées au terme normal des mandats, d'une part et, d'autre part, en cas d'élections anticipées, la substitution du président du Haut conseil des collectivités au Conseil supérieur de la magistrature en tant qu'autorité de désignation de trois membres de la Cour constitutionnelle ; la nomination du président de la Cour constitutionnelle par le président de la République. Malheureusement pour des raisons liées à la conjoncture politique de fin de mandat en 2001, cette loi constitutionnelle ne sera plus soumise au référendum par le président de la République, puisque *in fine*, la Cour constitutionnelle la déclara inconstitutionnelle<sup>28</sup>.

La loi n° 11-56/AN-RM du 2 août 2011 fut la seconde loi constitutionnelle adoptée par l'Assemblée nationale. Dans sa lettre de

---

<sup>28</sup> Arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001 de la Cour constitutionnelle.

saisine en date du 1<sup>er</sup> juillet 2011, le président Amadou Toumani Touré précisait : « le projet de loi de révision de la Constitution sur lequel le peuple malien sera appelé à se prononcer s'inscrit dans une démarche cherchant à améliorer le processus démocratique, à adapter l'outil à l'objet, la lettre à la pratique pour mieux avancer dans la construction d'un système démocratique performant. » Cette loi constitutionnelle préconisait notamment : le maintien du régime semi-présidentiel ; la limitation et la durée du mandat présidentiel ; le renforcement de l'institution parlementaire notamment par la création d'une deuxième chambre ; l'allongement des délais électoraux et la modification du mode d'élection des députés ; la création d'une Cour des comptes ; le réaménagement des attributions, de la composition, du mode de renouvellement et des conditions de désignation du président et des membres de la Cour constitutionnelle ; l'assouplissement de la procédure de révision constitutionnelle.

Là encore, cette loi n'a pu être soumise à la sanction populaire en raison des événements survenus entre le 21 et le 22 mars 2012, lesquels ont plongé le pays dans une crise politico-institutionnelle profonde dont les conséquences sont encore perceptibles<sup>29</sup>. Mais avant, un mouvement « Touche pas ma Constitution » s'est créé spontanément. Il était composé de syndicalistes et d'acteurs de la société civile ainsi que certains grands ténors de la vie politique malienne<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Le Mali a connu une triple crise en 2012 : une crise sécuritaire, qui s'est manifestée par l'annexion de deux tiers de son territoire, jusqu'en janvier 2013 ; une crise politique, avec un coup d'État suivi d'un retour heurté à la légalité constitutionnelle ; une crise humanitaire, avec l'exode de plusieurs centaines de milliers de déplacés dans les régions du Sud (Mopti, Kayes, Ségou et Sikasso) et de réfugiés dans les pays voisins (Burkina Faso, Mauritanie, Algérie et Niger). V. Adam THIAM, « Centre du Mali : Enjeux et dangers d'une crise négligée », *Centre pour le Dialogue Humainaire (h d)*, mars 2017, p. 7.

<sup>30</sup> Ce mouvement a enregistré la participation active de certains hommes politiques qui manifestement prêtaient au président Amadou Toumani Touré, l'intention de briguer un troisième mandat à travers la révision constitutionnelle.

Enfin, la loi n° 2017-31/AN-RM du 02 juin 2017 fut adoptée par l'Assemblée nationale. Tout en conservant sans changement, de nombreuses dispositions de la Constitution, cette loi constitutionnelle constituait en la forme une véritable refonte de la Constitution du 25 février 1992. Au fond, en plus d'une légère reformulation du préambule et de certaines dispositions imposées par l'institution d'une seconde chambre et de la consécration de certains droits et libertés fondamentaux, la loi constitutionnelle de 2017 comportait quelques réaménagements rendus nécessaires au regard du contexte politique, économique et social. Les innovations majeures portaient sur le régime des droits et libertés fondamentaux, l'organisation et le fonctionnement des institutions ainsi que la procédure de révision de la Constitution.

Une vague de contestation déclencha contre cette loi qui n'a pas non plus pu être soumise au référendum. A l'initiative du Mouvement « An té, A banna<sup>31</sup> » une alliance de partis politiques, de la société civile, de centrales syndicales, des jeunes artistes engagés, plusieurs manifestations contre le projet de révision constitutionnelle se sont tenues au début du mois de juillet 2017 à Bamako dans certaines villes de l'intérieur du pays (Kayes, Kita, Gao), mais aussi en France et aux Etats-Unis, où résident de nombreux Maliens de la diaspora.

Ce Mouvement dénonçait la violation de l'article 118 (alinéa 3) de la Constitution du 25 février 1992 qui dispose : « aucune révision de la Constitution ne peut être engagée s'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

Les animateurs de ce mouvement ont estimé que la révision de la Constitution était illégale et illégitime. Elle était illégale pour eux car elle allait aboutir à une nouvelle Constitution tant la modification était substantielle et dénaturait les pouvoirs accordés au Président de la République. Elle était illégitime, pour eux, parce que le référendum était impossible à tenir sur l'ensemble du territoire malien et ne

---

<sup>31</sup> Mot bambara qui signifie : « Non, c'est tout ».

reflèterait pas la volonté ou l'adhésion d'une bonne partie des Maliens faute d'un processus inclusif et participatif.<sup>32</sup>

### ***B. Echec des tentatives de réformes et défaut d'inclusion***

L'approche réformiste a montré ses limites au regard de l'échec de toutes les tentatives. Les raisons profondes résideraient dans la faible représentativité des forces sociales et politiques dans le processus de révision de la Constitution (1) qui demeure un défi fondamental, puisqu'il fonde doublement, politiquement et juridiquement, la légitimité du processus et, partant, la nouvelle Constitution et par ricochet la faible prise en compte de l'identité constitutionnelle (2).

#### *1. Une faible représentativité des forces sociales et politiques dans le processus de révision de la Constitution*

Le processus constituant transitionnel offre à la population l'occasion de débattre sainement de la nature de l'État et du pouvoir, y compris des fondamentaux du constitutionnalisme et de la démocratie, selon nos valeurs, notre philosophie de l'être. Il cherche à « recréer et organiser une nouvelle structure politique dotée du double mandat de protéger certains droits humains et d'assurer le renouvellement de l'appareil de gouvernance étatique. »<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Ces raisons ont amené un groupe de députés à saisir la Cour constitutionnelle à l'appui d'une requête en date du 14 juin 2017 aux fins de déclarer inconstitutionnelle la loi n° 2017-31/AN-RM du 02 juin 2017, portant révision de la Constitution du 25 février 1992. Ainsi par arrêt n° 2017-04/CCM/REF du 4 juillet 2017, la Cour constitutionnelle a déclaré la requête des députés recevable en la forme. Au fond elle l'a rejeté au motif que les dispositions de l'article 118, alinéa 3 de la Constitution selon lesquelles : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». La Cour a estimé que l'insécurité qui prévalait au Mali était résiduelle en ce qu'elle était persistante en certains endroits du territoire national.

<sup>33</sup> *Rapport de l'atelier de consultation des forces politiques sur l'audit du cadre constitutionnel du Mali*, décembre 2020, IDEA international et CMDID, p. 6.

*A priori*, il n'existe pas de formule simple pour régler définitivement la question basique de la représentation et de la représentativité, surtout dans un environnement marqué par des phénomènes d'exclusion et de méprise. La Constitution étant la loi fondamentale, il est important qu'une gamme large d'acteurs nationaux, reflétant le pluralisme de la société participe aux négociations<sup>34</sup>. Celle-ci doit tenir compte de la diversité des intérêts en vue de favoriser l'acceptation et l'appropriation de la Constitution par le plus grand nombre de citoyens<sup>35</sup>.

Les forces politiques et sociales sont à cet égard des acteurs essentiels des processus de réformes constitutionnelles. Celles-ci peuvent en effet informer, sensibiliser et mobiliser les populations, recueillir et transmettre les revendications populaires, exprimer les besoins et aspirations des groupes marginalisés et au besoin exercer une pression sur les personnes chargées de la révision ou l'élaboration de la nouvelle Constitution. Les transitions politiques sont souvent l'occasion pour de nombreuses parties prenantes de participer aux négociations relatives aux réformes politiques et institutionnelles. En Gambie, les organisations de la société civile ont joué un rôle officiel dans le processus d'élaboration de la Constitution.

C'est ainsi que plusieurs organisations et associations ont créé un organe de coordination en vue de renforcer la synergie d'action et déterminer une position commune concernant certaines questions majeures.<sup>36</sup> En Tunisie, l'Assemblée nationale constituante chargée d'élaborer et d'adopter une nouvelle Constitution était composée uniquement de représentants élus issus de partis politiques. Son règlement intérieur ne prévoyait pas de mécanismes de consultations spécifiques avec les organisations de la société civile. Pourtant celles-ci ont joué un rôle essentiel lors du processus de réforme constitutionnelle notamment le lancement de plusieurs initiatives comme les conférences débat sur le projet de Constitution. L'originalité de la tentative de révision de la Constitution initiée en

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 10.

2000 réside dans le fait qu'elle est issue d'un processus de large consultation effectuée à travers le forum politique national qui s'est déroulé entre décembre 1998 et janvier 1999.

Le processus constituant transitionnel au Mali, devrait privilégier la participation active de toutes les couches sociales et catégories socio-professionnelles, impliquant les médias, afin de permettre au peuple tout entier de se l'approprier intégralement. Les sensibilités sous-jacentes au processus constituant transitionnel malien inclinent à lui imprimer un caractère populaire prenant en compte l'identité constitutionnelle.

## 2. Une faible prise en compte de l'identité constitutionnelle

Comme l'affirme Frédéric Megret, « tout processus constituant tente de redéfinir l'identité constitutionnelle. Il pose la question à laquelle la Constitution est censée répondre : de quoi est faite la société ? »<sup>37</sup> Le recours à l'imitation des institutions constitutionnelles préexistantes est un phénomène ancien, qui a conduit certains Etats dans des situations particulières et pour des raisons multiples à recourir au mimétisme juridique et institutionnel. Selon Séverin A. Atsimou, « le mimétisme institutionnel est un enjeu permanent de normalisation et de domination »<sup>38</sup>. Pour Dominique Darbon, il s'agit le plus souvent « d'une simple reproduction des modèles technologiques par des sociétés politiques « retardées » voire « dominées »<sup>39</sup>. Comme l'a fait remarquer Jacques Chevallier, le mimétisme qui passe par des emprunts à des systèmes étrangers érigés en modèles de référence, n'est que l'enveloppe formelle de rapports de domination<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>38</sup> Severin Andzoka ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo-Brazzaville*. Édition l'harmattan, Etudes africaines, 2015, p. 20.

<sup>39</sup> Dominique DARBON, « A qui profite le mime » cité par S. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 20.

<sup>40</sup> J. CHEVALLIER, *Institutions politiques*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1996, p. 124.

Le mimétisme institutionnel tout comme l'ingénierie constitutionnelle dont il n'est qu'une forme se caractérise par sa grande complexité ne serait-ce que parce qu'il se situe à la charnière des logiques créatrices apparemment exclusives les unes des autres et pourtant étroitement imbriquées<sup>41</sup>. Ainsi, l'application mécanique des principes théoriques peut se révéler inadaptée dans la construction d'un régime politique. Dès lors, il apparaît qu'en période de transition le droit constitutionnel se transforme et devient un droit politique<sup>42</sup>. Dans ce contexte le processus constituant transitionnel doit concilier la standardisation du constitutionnalisme libéral et l'identité constitutionnelle. Aujourd'hui la société malienne a perdu ses repères. Elle se trouve à un moment crucial de son histoire où les individus ne savent plus quelle est leur identité. Qu'est ce être malien aujourd'hui ?

Sur la question de l'identité, Dominique Rousseau pense que la Constitution a un rôle à jouer car il estime que si la Constitution est ce principe qui s'adresse et met en ordre la société, c'est aussi le principe qui permet aux individus de se construire une identité<sup>43</sup>. Selon lui, « la Constitution peut être ce lieu où le peuple peut penser comme collectif, c'est-à-dire où les individus peuvent être rebranchés sur du collectif et trouver par le partage de valeurs constitutionnelles communes. Elle est ce lieu où se construit l'identité des hommes. Elle est aussi le lieu où chacun peut référer son action, c'est-à-dire la comprendre, la juger, la critiquer, bref la réfléchir »<sup>44</sup>.

Le processus constituant se doit, d'être à l'image de la société malienne. Comme le soutient Rousseau : « l'image que la Constitution renvoie est davantage investie de désirs ou de promesses que d'objectivité : l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté

---

<sup>41</sup> V. sur ce point S. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 29.

<sup>42</sup> D Rousseau, « Temps et Constitutions », *Rapport des travaux sur transition constitutionnelle et Constitution « transitionnelle » quelles solutions pour une meilleure gestion de fin de conflit ?* Colloque international d'Aix -en Provence, juin 2012.

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

<sup>44</sup> *Ibid.*

individuelle, la fraternité sont parmi d'autres les traits souhaités, espérés, rêvés de la figure de l'être de droit que l'exclusion, les inégalités, les injustices, la domination démentent quotidiennement. Et c'est précisément cet écart entre les promesses constitutionnelles d'égalité, de liberté et de solidarité et la misère du monde que naît la possibilité d'une critique de cette réalité et d'une action politique pour la changer. Et c'est pourquoi l'identité constitutionnelle reste devant nous comme à venir, comme horizon de l'exigence démocratique »<sup>45</sup>.

Les mobilisations populaires induisant le plus souvent « des demandes imprécises », les élites et oligarchies en position dominante sont « plus susceptibles de manipuler les règles établies de façon à les aligner avec les enjeux et problèmes qui les concernent directement », que de contribuer tant soit peu à l'éclairage d'ordre épistémique du débat politique sur le processus de reconstruction nationale<sup>46</sup>.

Le déficit d'inclusivité des forces politiques et sociales s'est révélé comme la principale cause de l'échec des tentatives de révision de la Constitution. Chaque processus a été confronté à la résistance d'une partie importante des citoyens qui ne se reconnaissaient pas dans les différents projets de loi portant révision de la Constitution. D'où la nécessité d'adopter une approche refondatrice basée sur l'inclusivité et la participation citoyenne à la gestion des affaires publiques.

## II. Des exigences d'une approche refondatrice

La nécessité d'une Constitution apparaît très souvent dans une situation de vide juridique. Qu'il s'agisse d'un Etat nouveau ou d'un mouvement qui a renversé les institutions anciennes, on ne peut se référer à un aucun texte, à aucune coutume nationale, pour savoir qui est compétent pour élaborer une Constitution, le détenteur de cette compétence n'étant pas défini à l'avance. S'agit-il du groupe

---

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Ministère de la Refondation de l'Etat, *Note technique sur le processus constituant transitionnel*, 2020.



révolutionnaire triomphant ? Est-ce le peuple ? Directement ou par ses représentants élus ?<sup>47</sup>.

En principe, le pouvoir constituant originaire met fin à la légalité constitutionnelle en vigueur pour donner naissance à un nouvel ordre constitutionnel positif. En conséquence, il est indispensable de clarifier, dans le contexte malien, le pouvoir constituant originaire (A) pour l'élaboration d'une nouvelle Constitution appelée à prendre en compte l'identité constitutionnelle (B).

#### **A. Une clarification indispensable du pouvoir constituant originaire**

En droit constitutionnel, le pouvoir constituant originaire est le pouvoir fondateur de l'Etat ou générateur d'un nouvel ordre constitutionnel au sein d'un Etat existant<sup>48</sup>. Contrairement au pouvoir constituant dérivé, le pouvoir constituant originaire est un pouvoir de fait et relève de la politique davantage que du droit<sup>49</sup> à tel point que l'un des plus éminents constitutionnalistes du XX<sup>e</sup> siècle, Carré de Malberg, a pu considérer que la genèse du pouvoir constituant n'intéresse pas le juriste et ne saurait susciter l'intérêt scientifique que de l'historien ou du politiste<sup>50</sup>.

Dès son émergence, la notion de pouvoir constituant originaire a été intrinsèquement liée à la souveraineté. Seule l'autorité détentrice de la souveraineté peut décider de la norme constitutionnelle. Pour Sieyès, le pouvoir constituant appartient à « la nation qui existe avant tout [et ...] est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale »<sup>51</sup>. Pour Olivier Beaud, « les deux notions de pouvoir constituant et de souveraineté sont devenues homologues dans le droit public

---

<sup>47</sup> V sur ce point, Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op. cit.*, p. 84.

<sup>48</sup> C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris PUF, 1996, p. 72.

<sup>49</sup> Alexandre VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », in *Civitas Europa* 2014/1, n° 32), p. 81 à 91.

<sup>50</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, p. 62.

<sup>51</sup> Emmanuel SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* Quadrige, PUF, Paris, 1982, p. 93.

moderne »<sup>52</sup>. Dans une société démocratique, le pouvoir constituant originaire appartient au peuple : lui seul peut donner une nouvelle Constitution. Dans le contexte malien, deux titulaires potentiels cohabitent : les Assises nationales de la refondation (1) ou le Conseil national de transition (2).

#### *1. Les Assises nationales de la refondation*

Les Assises nationales de la refondation se sont tenues du 11 au 30 décembre 2002 sur toute l'étendue du territoire nationale et dans les pays de forte concentration des Maliens établis à l'étranger<sup>53</sup>. A l'issue des échanges et des débats, 516 recommandations et résolutions ont été formulées par les participants du niveau communal au niveau national au nombre desquelles des réformes politiques et institutionnelles<sup>54</sup>. La volonté politique affirmée de rendre exécutoires les recommandations et l'inclusivité au niveau des communes, des cercles, des régions, de la diaspora et au niveau national ont fait la différence avec les concertations et fora antérieurs.

Aussi, faut-il rappeler, que le Mali n'était pas à sa première expérience en matière d'organisation d'assises souveraines. Déjà en 1990, une Conférence nationale s'est tenue du 29 juillet au 12 août 1991. Elle a regroupé 1 200 délégués dont plus de 500 venus du monde rural<sup>55</sup>. Parmi les résolutions importantes de la Conférence nationale figure l'élaboration d'une nouvelle Constitution<sup>56</sup>. Comme le constate le professeur Maurice Kambo, la Conférence nationale était « un moyen de rechercher et de dégager un consensus sur l'idée même d'un Etat en Afrique, la possibilité pour

---

<sup>52</sup> Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, p. 201.

<sup>53</sup> *Rapport final des Assises nationales de la Refondation*, février 2022, p. 6.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p 29.

<sup>55</sup> Sory BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, EPU, 2011 p.144

<sup>56</sup> Les conférences nationales du Bénin et du Mali furent organisées et animées par les forces vives de ces deux pays. V. Abdoulaye DIARRA, *La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique francophone depuis 1990, les cas du Bénin et du Mali*, p. 4.

le peuple de se déterminer sur le "problème de vouloir vivre collectif" et la mise en place d'un Etat de droit »<sup>57</sup>.

Certains auteurs estiment que la Conférence nationale du Mali a été conçue comme une assemblée souveraine, représentative de la nation, convoquée, conformément à l'acte fondamental n° 1 du 31 mars 1991, par le Comité de transition pour le salut du peuple (CTSP) en vue, comme l'indiquait son ordre du jour, d'examiner l'état de la Nation, d'élaborer un projet de Constitution et d'adopter un Code électoral et une charte des partis<sup>58</sup>.

La spécificité du cas malien, relèvent ces auteurs, réside en ce que la Conférence nationale a favorisé la refondation des institutions de l'Etat, la création d'une nouvelle République et surtout la résolution d'un conflit identitaire car le pays était confronté à une rébellion armée dans le nord menée par une frange importante de la population touarègue. En effet, l'objectif général de la Conférence nationale était de jeter les bases de nouvelles institutions maliennes à travers l'examen et l'adoption d'un projet de Constitution qui a été soumis au peuple par voie de référendum, le 12 janvier 1992<sup>59</sup>. A l'instar des Assises nationales de la refondation, les décisions de la Conférence nationale étaient exécutoires en application de l'article 29 du même acte Fondamental n° 1<sup>60</sup>.

De façon générale, les conférences nationales furent les premières manifestations de la volonté de créer un nouvel ordre constitutionnel<sup>61</sup>. Leur particularité réside dans le fait qu'elles soient intervenues en amont du processus de transition en annonçant un

---

<sup>57</sup> Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des Constitutions », in *La création du droit en Afrique* sous la direction de Dominique DARBON et de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Edition Karthala, Paris, 1997, p. 177.

<sup>58</sup> Voir sur ce point, Ousmane SY, Ambroise DAKOUO et Kadari TRAORE, *Dialogue National au Mali Leçons de la Conférence Nationale de 1991 pour le processus de sortie de crise, étude de cas*, 2016, p. 14.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> V. Sory BALDE, *op. cit.*, p. 60.

renouveau constitutionnel et une résolution par le droit des tensions politiques<sup>62</sup>. Les conférences nationales ont été mises en place souvent pour répondre à une crise politique majeure en vue de définir les futures orientations du pays notamment en fixant le cadre et les thèmes de la Constitution. En ce sens elles ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la Constitution<sup>63</sup>.

Les Assises nationales de la refondation se sont révélées, elles aussi, comme une institution de création d'un nouvel ordre constitutionnel au Mali. Elles auraient permis, tout comme la Conférence nationale, l'irruption d'un véritable pouvoir constituant originaire, autre que celui prévu par la Constitution qui, de surcroît, à déterminer les réformes constitutionnelles à mener dont l'effectivité impliquerait l'intervention de l'organe législatif.

## 2. Le Conseil national de transition

Le Conseil national de transition est l'organe législatif de la transition. A ce titre, il est l'institution de la transition qui fait office de Parlement. Il est composé de 121 membres répartis entre les forces de défense et de sécurité, les représentants du Mouvement du 5 juin - Rassemblement des forces patriotiques, les organisations de la société civile, les centrales syndicales, les syndicats libres et autonomes, les organisations de défense des droits de l'homme, les ordres professionnels, les Maliens établis à l'extérieur, les mouvements signataires de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger, les mouvements d'inclusivité, les groupements de femmes, de jeunes et des personnes vivant avec un handicap, les

---

<sup>62</sup> Le modèle de conférence s'est retrouvé dans huit pays en Afrique subsaharienne. D'abord au Bénin (19 au 28 février 1990), puis au Gabon (mars-avril 1990) au Congo-Brazzaville (février-juin 1991), au Niger (juillet-novembre 1991), au Mali (juillet-août 1991), au Togo (juillet-août 1991) au Zaïre devenu depuis République démocratique du Congo (août 1991-décembre 1992) et au Tchad (janvier-avril 1993). Sory BALDE, *op. cit.*, p. 60.

<sup>63</sup> *Etude relative à la conception d'un processus de révision de la Constitution de la République du Mali* réalisée par la fondation Max Planck, *op. cit.*, p. 12.

confessions religieuses, les autorités traditionnelles et coutumières, les chambres consulaires, les faïtières de la presse, des arts et de la culture<sup>64</sup>.

Les membres du Conseil national de transition sont appelés à accomplir leur mission en toute indépendance avec dévouement, loyauté, intégrité, dignité et disponibilité<sup>65</sup>. Dans la procédure d'adoption de la nouvelle Constitution, il est prévu de soumettre aux délibérations du Conseil national de transition le projet de Constitution après son adoption par le conseil des ministres pour engager, ensuite, une discussion générale du texte constitutionnel.

Cette possibilité offerte au Conseil national de transition lui confère-t-elle la qualité de constituant constitutionnel originaire ? Si nous partons du postulat selon lequel, les membres du Conseil national de transition sont libres de modifier le projet de Constitution, l'organe législatif de la transition pourrait s'arroger le pouvoir constituant originaire. En revanche s'il l'on considère que les résolutions des Assises nationales de la refondation sont intangibles et qu'elles ne peuvent en aucun cas être l'objet de débats, le Conseil national de transition ne pourrait se substituer au détenteur du pouvoir constituant originaire.

Dans la sortie de crise en Afrique, on observe que le droit est saisi par la politique<sup>66</sup> dans la mesure où les actes issus des forums de négociations c'est-à-dire de la légitimité du consensus politique constituent les actes pré-constituants, par conséquent s'imposent au pouvoir constituant pour une mise en forme simple<sup>67</sup>. Dans le cas du Mali, le Conseil national de transition aura certainement un rôle central dans le processus d'adoption de la norme constitutionnelle puisque l'avant-projet de Constitution lui sera transmis

---

<sup>64</sup> Guide pour comprendre l'organisation et le fonctionnement du Conseil national de transition (CNT), 2021, p. 15.

<sup>65</sup> Article 2 du règlement intérieur du Conseil national de transition.

<sup>66</sup> V. Françoise Dreyfus, « La fabrique du droit objet politique ? », in *L'Etat, le Droit, le Politique, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, 2014, p. 175 et s.

<sup>67</sup> V. sur ce point Severin A. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 63.

nécessairement pour être débattu afin d'aboutir à une norme conforme à l'identité constitutionnelle du Mali avant son adoption par referendum<sup>68</sup>.

### ***B. Une forte prise en compte de l'identité constitutionnelle***

L'approche refondatrice exige l'adéquation du projet constitutionnel avec les valeurs et les aspirations profondes des populations. Cette double exigence peut être prise en compte par les deux instruments juridiques déterminants dans le processus constituant de sortie de crise : la Constitution intérimaire (1) et la Constitution définitive (2).

#### *1. La Constitution intérimaire*

Les Constitutions intérimaires ne sont pas récentes en Afrique puisqu'elles étaient des instruments de légitimation des régimes issus des coups d'Etat. Elles se sont progressivement imposées au cours de la troisième vague de la démocratisation dans certains pays par les conférences nationales (Bénin, Congo, RDC) et les forums de négociation constitutionnelle (Afrique du sud)<sup>69</sup>.

Severin A. Atsimou révèle trois éléments fondamentaux qui distinguent la Constitution de transition de la Constitution définitive. D'abord par son caractère provisoire ; ensuite par le degré plus ou moins fort du formalisme qu'elle comporte ; enfin le fait qu'elle détermine fondamentalement les conditions de production de la nouvelle Constitution<sup>70</sup>.

En général, c'est suite aux négociations politiques, qui s'analysent avant tout comme une remise en question de l'ordre constitutionnel déchu, que les Constitutions intérimaires sont élaborées. Cette pérennisation de plus en plus des Constitutions intérimaires

---

<sup>68</sup> V. *Etude relative à la conception d'un processus de révision de la Constitution de la République du Mali* réalisée par la fondation Max Planck, *op. cit.*, p. 12.

<sup>69</sup> Severin A. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 28.

<sup>70</sup> *Ibid.*

s'explique par le renouvellement du droit constitutionnel<sup>71</sup>. Au Mali, la régulation et la stabilisation des rapports entre les différentes composantes de la société malienne présentent aujourd'hui des enjeux qui ne peuvent plus s'accommoder d'un traitement hâtif.

Selon le professeur Babacar Kante, « l'approche la plus raisonnable, dans le contexte malien, devrait consister à adopter une Constitution intérimaire pour une période déterminée jetant les bases d'une Constitution définitive ». Selon lui, « Une telle solution présente l'avantage de permettre au pays de prendre le temps de s'interroger profondément sur son destin et d'y répondre par des mesures à caractère transitoire et expérimental ».<sup>72</sup> Ce faisant, il estime qu'« à la fin de la période déterminée, le pays pourra, en effet, après une évaluation conséquente, concevoir une Constitution définitive sur la base des forces et des faiblesses de la Constitution intérimaire ».<sup>73</sup>

Cette Constitution intérimaire fixerait les valeurs et les principes matriciels devant déterminer naturellement l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics, mais aussi le contenu des rapports entre les institutions publiques entre elles, entre ces dernières et les citoyens et entre les individus appartenant à différentes communautés. Elle pourrait être un moyen permettant de fonder juridiquement les stipulations des différents accords politiques.

A cet égard, les clauses de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger susceptibles d'avoir une valeur constitutionnelle tout comme les résultats du processus de dialogue politique en vue d'élaborer la Constitution définitive pourront se constituer en actes pré-constituants et traduits dans un cahier de charges constitutionnel pour s'imposer ensuite au futur constituant originaire chargé d'élaborer la Constitution définitive.

---

<sup>71</sup> Voir sur ce point Séverin A. ATSIMOU, *op. cit.*, p. 28.

<sup>72</sup> *Note d'orientation sur les réformes sous la transition au Mali* (2021) élaborée par Tony Blair Institut.

<sup>73</sup> *Ibid.*

## *2. La Constitution définitive*

L'élaboration d'une Constitution définitive implique plus un changement de République qu'un réajustement ou toilettage des dispositions lacunaires relatives notamment aux droits et devoirs des citoyens, aux institutions politiques, aux collectivités territoriales et à la procédure de révision de la Constitution. Les Assises nationales de la refondation ont recommandé d'élaborer une nouvelle Constitution. Celle-ci devrait tenir compte prioritairement les réformes politiques et institutionnelles qu'elles ont préconisées et subsidiairement les propositions formulées par les différents comité d'experts.

Suivant les recommandations des Assises nationales de la refondation, la nouvelle Constitution devrait maintenir la forme de l'Etat unitaire, républicain, décentralisé, laïc, démocratique et social, réduire le nombre des institutions de la République, réviser les compétences de la Cour constitutionnelle en matière électorale et instaurer le mode de scrutin proportionnel pour l'élection des députés. Elle devrait en outre, consacrer la création d'un Sénat et d'une Cour des comptes, l'ouverture au citoyen de la Faculté de saisine de la Cour constitutionnelle, l'officialisation et l'utilisation des langues nationales dans les foras officiels.

Dans les lois constitutionnelles de 2000 et 2011, des propositions de réformes avaient été formulées concernant le président de la République. Celles-ci sont consécutives à certaines difficultés relevées sous la transition de 2012 lorsque la vacance de la présidence fut de longue durée. Il s'agit notamment des délais minimum et maximum pour l'élection du président de la République qui sont compris entre 21 et 40 jours après la vacance. Ceux-ci pourraient être portés respectivement à 90 et 120 jours, pour correspondre au temps d'organisation des élections présidentielles<sup>74</sup>. Par ailleurs, au regard

---

<sup>74</sup> L'article 36 alinéa 2 de la Constitution du 25 février 1992 dispose :« ... En cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit ou d'empêchement absolu ou définitif constaté par la Cour constitutionnelle saisie par le président de l'Assemblée nationale et le premier ministre, les fonctions du président de la République sont exercées par le président de l'Assemblée nationale. // Il est procédé à l'élection d'un



du débat actuel sur la responsabilité du président de la République en cas de haute trahison *ou de manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat*, il serait souhaitable d'envisager l'institution d'une procédure de destitution dans le but de préserver la dignité de la fonction présidentielle.

Avec l'avènement du bicamérisme, le président du Sénat pourrait assurer l'intérim du président de la République. L'autorité intérimaire resterait en fonction jusqu'à l'élection de son successeur afin d'éviter les tensions inutiles qui pourraient naître à l'issue d'une durée préalablement définie. Quant au Sénat, il pourrait être composé de membres élus par les collectivités territoriales et de membres désignés par une ou plusieurs autorités de la République en fonction de leurs capacités à représenter des catégories sociales minoritaires.

S'agissant de la Cour constitutionnelle, il devrait être procédé à un réaménagement de ses compétences notamment en matière électorale. Elle resterait compétente pour la validation des candidatures à l'élection des députés et du président de la République. En revanche, la proclamation des résultats des élections législatives et du président de la République serait transférée à la nouvelle autorité indépendante de gestion des élections.

En ce qui concerne la création d'une institution supérieure de contrôle des finances publiques, la Constitution pourrait acter définitivement la création d'une Cour des comptes, indépendante de l'exécutif, afin d'appliquer les directives de l'UEMOA<sup>75</sup> et les normes

---

nouveau président pour une nouvelle période de cinq ans. // L'élection du nouveau président a lieu vingt et un jour au moins et quarante jours au plus après constatation officielle de la vacance ou du caractère définitif de l'empêchement. // Dans tous les cas d'empêchement ou de vacance il ne peut être fait application des articles 38, 41, 42, et 50 de la présente Constitution. »

<sup>75</sup> L'option prise dans le cadre de la révision constitutionnelle était la création d'une Cour des comptes afin d'être en phase avec la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 de l'UEMOA. Cette directive précise : « les finances publiques et les politiques qu'elles soutiennent sont soumises au contrôle externe de la Cour des Comptes dont la création est obligatoire dans chaque Etat membre ». V. *Rapport de l'évaluation finale du projet de renforcement de la section des comptes ou future cour des comptes du Mali* (PRSC-FCC) réalisée par Fangatigui Doumbia, octobre 2012, p. 13

de l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI)<sup>76</sup>. Sa place pourrait être celle d'une institution de la République. Dans l'hypothèse où la Cour des comptes sera une institution indépendante, elle pourra plus facilement développer un corps d'agents dont les compétences correspondent exactement à ses besoins<sup>77</sup>. S'agissant du système juridictionnel, le souci de clarification, voire d'économie, amène à proposer le réaménagement du système actuel lié à la Cour suprême. La nouvelle Constitution instituera un nouveau système juridictionnel composé de trois ordres juridictionnels. En lieu et place de la Cour suprême, siègeraient un Conseil d'Etat et une Cour de cassation, selon la logique de spécialisation<sup>78</sup> auxquelles s'ajoutera la nouvelle Cour des comptes.

Aussi la réforme constitutionnelle pourrait-elle offrir l'opportunité de constitutionnaliser certains droits ? La constitutionnalisation des droits, faut-il le souligner, est le signe que le droit constitutionnel en vigueur dans un pays déterminé accepte et protège le phénomène de la société pluraliste. C'est un processus par lequel des droits sont

---

<sup>76</sup> Les normes internationales des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (ISSAI), élaborées par l'Organisation internationale des institutions supérieures de contrôle des finances publiques (INTOSAI), visent à encourager la réalisation, par les institutions supérieures de contrôle, d'un contrôle indépendant et efficace. V. *Essai 100- Principes fondamentaux du contrôle des finances publiques-INTOSAI*.

<sup>77</sup> Il serait intéressant de tenir compte des missions de la Cour des comptes dans l'élaboration de son nouveau cadre organique notamment : -la consolidation et la protection des principes de bonne gouvernance financière ; -le contrôle supérieur de l'exécution des lois de finances ; -le contrôle de régularité des opérations de recettes et de dépenses tenant à tout argent public, y compris dans les collectivités territoriales et les partis politiques ; - l'audit (ou l'évaluation) des performances des politiques publiques ; -la publication de ses travaux au terme d'une procédure contradictoire.

<sup>78</sup> Cette proposition avait été formulée lors de la réforme constitutionnelle de 2001. A cause de la position de certains magistrats de maintenir l'unicité autour de la cour suprême conformément aux orientations de la Conférence nationale, cette proposition n'a pas été reprise par les autres processus de révision de la Constitution.

élevés au rang et à la dignité constitutionnelle<sup>79</sup>. Sous ce rapport, la constitutionnalisation des ressources naturelles pourrait être envisagée compte tenu de la pression sur notre pays consécutive à la reconfiguration de la géopolitique<sup>80</sup>.

Aujourd'hui, la plupart des Constitutions africaines considèrent que les ressources naturelles appartiennent au peuple<sup>81</sup>. Certaines énumèrent les richesses naturelles dont disposent le pays et mentionnent en particulier le sous-sol, les mines et les carrières, les sources naturelles d'énergie, les richesses naturelles et vivantes ainsi que les terres agricoles et le domaine public hydraulique<sup>82</sup>. D'autres constatent que toutes ces ressources appartiennent à l'Etat<sup>83</sup>.

Ainsi la Constitution pourrait affirmer la souveraineté du peuple sur les ressources naturelles. L'exemple du Niger est assez édifiant sur ce sujet. En effet la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010

---

<sup>79</sup> Abdoul Aziz MBODJI, *Communication sur la gouvernance et la constitutionnalisation, des ressources naturelles à l'occasion de la conférence sur les échanges citoyens autour des enjeux du développement au Sénégal*, juillet 2019, p. 2.

<sup>80</sup> L'exploitation des ressources naturelles doit servir à améliorer les conditions de vie des populations. Améliorer les conditions de vie des populations signifie garantir aux populations l'accès aux services publics de qualité. L'exploitation des ressources doit servir à réaliser des projets collectifs déterminant dans la satisfaction des besoins élémentaires de base : se loger, se nourrir, accéder à l'eau potable, se former, bénéficier de structures performantes, fonctionnelles et de proximité, de sécurité et d'éducation. Les citoyens doivent pouvoir se rendre compte de l'impact direct de l'exploitation dans l'amélioration de leur condition de vie. La satisfaction des besoins sociaux participe naturellement de la cohésion et de la stabilité des pays, de l'épanouissement individuel et de la prospérité collectives des sociétés humaines. Dans ce sens, le service public avec les principes qui gouvernent son fonctionnement (continuité, gratuité, adaptabilité) est un élément fondamental de régulation sociopolitique, surtout dans un contexte de grande pauvreté. Abdoul Aziz MBODJI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>81</sup> Constitution du Burkina Faso (art. 14), Constitution de l'Algérie (art. 18), Constitution du Niger (art. 148), Constitution de la Tunisie (art. 13).

<sup>82</sup> *Documentation relative à l'histoire constitutionnelle de la République du Mali* produite par la Fondation Max Planck, décembre 2018, t. 2, p. 36.

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

consacre des dispositions à l'exploitation et la gestion des ressources naturelles et du sous-sol<sup>84</sup>. Le comité d'experts pour la révision de la Constitution de 2017 et de 2019 avait proposé d'instituer le droit de propriété collective à côté du droit de propriété individuelle. Son champ devrait couvrir les ressources naturelles du sol et du sous-sol considérées comme la propriété du peuple malien. Ainsi, l'Etat exercerait sa souveraineté sur lesdites ressources. Cette proposition tenait compte des prescriptions de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali issu du processus d'Alger dont certaines dispositions demandent la constitutionnalisation de l'exploitation des ressources naturelles et la répartition des revenus issus de ces ressources<sup>85</sup>.

Il importe de souligner que les différentes initiatives de révision qui n'ont pas pu aboutir ont montré le caractère lourd et complexe de la procédure en vigueur. En conséquence, il serait souhaitable de revoir cette procédure pour permettre dans certains domaines, que des ajustements puissent être apportés à la loi fondamentale sans avoir à recourir au référendum. Dans cette perspective, la nouvelle procédure d'élaboration de la Constitution pourrait prévoir un paquet de dispositions dont la modification demeure soumise à une obligation de référendum. Ici, l'on pense au préambule et aux dispositions constitutionnelles relatives notamment aux droits et devoirs de la personne humaine<sup>86</sup>, à l'Etat et à la souveraineté, à la

---

<sup>84</sup> Selon la loi fondamentale du Niger, les ressources naturelles et du sous-sol sont la propriété du peuple nigérien. La loi détermine les conditions de leur prospection, de leur exploitation et de leur gestion. L'Etat exerce sa souveraineté sur les ressources naturelles et du sous-sol. Les contrats de prospection et d'exploitation des ressources naturelles et du sous-sol ainsi que les revenus versés à l'Etat, désagrégés, société par société, sont intégralement publiés au Journal officiel de la République du Niger. En outre les recettes réalisées sur les ressources naturelles et du sous-sol sont réparties entre le budget de l'Etat et les budgets des collectivités territoriales conformément à la loi.

<sup>85</sup> *Rapport de présentation des projets de loi de 2017 et de 2019 portant révision de la Constitution du 25 février 1992.*

<sup>86</sup> V. sur ce point, Abraham BENGALY, *La protection juridictionnelle des droits de l'homme au Mali*, éd. l'harmattan, 2014, p. 22 et s.

durée et au nombre de mandats du président de la République. De cette manière, les aspects sensibles de la démocratie malienne notamment la forme républicaine, la laïcité et le multipartisme seraient modifiables uniquement avec l'aval du peuple. Tous les autres seraient modifiés par la voie parlementaire.

Au cours des tentatives de révision de la Constitution, plusieurs propositions tendant au changement de régime ont été formulées par les comités d'experts. Les unes ont préconisé l'institution d'un régime présidentiel, donc la concentration du pouvoir exécutif entre les mains du seul président de la République, la suppression de la fonction de premier ministre. Les autres tendaient à l'instauration d'un régime parlementaire avec un premier ministre, responsable exclusif de l'exécutif, en tant qu'émanation de la majorité parlementaire et disposant du droit de provoquer la dissolution du Parlement et un président de la République qui serait cantonné dans les fonctions à lui conférées par l'actuel article 29 de la Constitution<sup>87</sup>.

Pour marquer définitivement la rupture avec la Constitution du 25 février 1992, la nouvelle loi fondamentale pourrait consacrer l'avènement d'un régime parlementaire dualiste dans lequel le gouvernement serait responsable à la fois devant le Parlement et devant le président de la République. Dans cette perspective, le président de la République aura l'obligation de nommer un premier ministre<sup>88</sup> et des membres du gouvernement issus de la majorité parlementaire.<sup>89</sup>

\*

\* \*

---

<sup>87</sup> V. *Documentation relative à l'histoire constitutionnelle de la République du Mali* produite par la Fondation Max Planck, décembre 2018, t. 2, p. 135.

<sup>88</sup> V. sur ce point, Ismaila Madior FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, éd. l'harmattan, Etudes africaines, 2008, p. 108.

<sup>89</sup> L'une des faiblesses du régime semi présidentiel fut le choix du premier ministre en dehors de la majorité parlementaire. Par ailleurs, l'avènement du bicamérisme pourrait offrir l'occasion de renforcer le pouvoir législatif.

Le Mali qui a entamé, en 1991, une transition démocratique, s'est heurté à de nombreux problèmes, tant dans la mise en place concrète de la démocratie que dans l'adaptation du système politique à la société malienne. Par conséquent, le processus de transition n'est toujours pas achevé<sup>90</sup>. La Constitution du 25 février 1992 qui est l'institution cardinale de la 3<sup>e</sup> République s'est inscrite résolument dans une dynamique, celle de la démocratie, de l'état de droit et du multipartisme<sup>91</sup>. La question est donc de savoir si elle a pu traduire effectivement cette réalité<sup>92</sup>.

Il est évident que sa trajectoire a été parsemée d'embûches tantôt suspendue puis rétablie<sup>93</sup>, tantôt rétrogradée pour se conformer à une supra norme puis encore rétablie. A vrai dire, elle aurait résisté à temps et à contretemps aux modifications opportunes ou non. Aujourd'hui, le pays est dans une transition constitutionnelle à cause

---

<sup>90</sup> V. sur ce point Alexis ROY, « La société civile dans le débat politique au Mali », *Cahier d'études africaines*, n° 178, 2005.

<sup>91</sup> Eloi DIARRA, « La vie constitutionnelle et politique du Mali depuis l'indépendance », *Contribution pour le cinquantième de l'indépendance de la République du Mali*, p. 38

<sup>92</sup> Sous cet angle, voir aussi Eloi DIARRA, « Constitution et Etat de droit au Mali », in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 3, octobre-décembre 1995, p. 252-284

<sup>93</sup> L'accord signé à Bamako le 6 avril 2012 entre la CEDEAO et le Comité national de redressement de la démocratie et de la restauration de l'Etat (CNRDRE) a fortement impacté la Constitution du 25 février 1991. Cet accord cadre était une construction juridique originale qui a permis au Mali de sortir de l'impasse en apportant des solutions inédites, susceptibles d'aboutir au rétablissement de la « normalité constitutionnelle ». Le postulat de base était le rétablissement de toutes les dispositions de la Constitution du 25 février 1992, conformément à ce qu'on appelle l'engagement solennel du 1<sup>er</sup> avril 2012. A partir de la signature de l'accord cadre, la Constitution a retrouvé sa validité et toutes les Institutions de la République ont recouvré la plénitude de leurs attributions ; le coup d'Etat a été considéré comme n'ayant pas eu lieu. Par conséquent, les institutions de la République déterminées par l'article 25 de la Constitution du 25 février 1992 restaient en place. V. Makan Moussa SISSOKO, *Souveraineté et Coopération Internationale : Consubstantialité ou Antinomie ?* Leçon inaugurale à l'occasion de la sortie de la 5<sup>e</sup> promotion droit public de la Faculté de droit public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako 2021, p. 9.

de la coexistence de la Constitution et de la charte de la transition. Ce dualisme juridique nécessite assurément la production d'une nouvelle Constitution.

La leçon à retenir, c'est que « *les processus constituants transitionnels sont souvent fragiles, menacés par les forces de l'ancien régime, souvent en position de pouvoir les faire échouer* ». Dans le cadre du processus constituant transitionnel, il apparaît la nécessité de « se prémunir constitutionnellement contre le retour du passé », afin de protéger la révolution citoyenne et rétablir la confiance en les institutions sociales et étatiques. Les tâches à mener devraient se rapporter à l'établissement d'une Constitution consacrant l'avènement de la IV<sup>e</sup> République et l'organisation des élections ouvertes, transparentes, justes et crédibles<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> D'ailleurs, le principe des élections libres honnêtes et régulières est l'un des éléments de définition du système en droit international. Il assure au peuple sa participation à la définition du pouvoir politique. V. sur ce point, Line KONAN, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*. thèse en droit, Université Nancy 2, 2007, p. 12.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Ouvrages :

- ARDANT Philippe et Bertrand MATHIEU, *Droit constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, 28<sup>e</sup> édition, 2017.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994.
- CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920.
- CHEVALLIER Jacques, *Institutions politiques*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1996.
- HAMON Francis et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 30<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 2006.
- KAMTO Maurice, « *Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des Constitutions* », in *La création du droit en Afrique* sous la direction de Dominique DARBON et de Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Editions Karthala, Paris, 1997.
- KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Collection « les voies du droit » Paris PUF, 1996.
- SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* Quadrige, PUF, Paris, 1982.

### II. Thèses et articles :

- ATSIMOU Severin Andzoka, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo-Brazaville*. Édition l'Harmattan, Etudes africaines 2015.
- BALDE Sory, *La convergence des modèles constitutionnels : études de cas en Afrique subsaharienne*, EPU 2011.
- BENGALY Abraham, *La protection juridictionnelle des droits de l'homme au Mali*, Edition l'Harmattan, 2014.
- CAMARA Bakary, « *La transition démocratique comme forme d'inversion sociale en Afrique de l'ouest : Le cas du Mali*, in *L'inversion sociale : un défi au droit et à l'ordre* », *Revue Malienne des Sciences Juridiques Politiques et Economique*, PUT 1 Capitole, 2015.



- DIARRA Eloi, *La vie constitutionnelle et politique du Mali depuis l'indépendance*. Contribution pour le cinquantenaire de l'indépendance de la République du Mali p. 38.
- DIARRA Eloi, « Constitution et Etat de droit au Mali », in *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, n° 3, octobre-décembre 1995, p. 252-284.
- DREYFUS Françoise, « La fabrique du droit objet politique ? » in *l'Etat, le Droit, le Politique, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz 2014.
- FALL Ismaila Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Edition l'harmattan, Etudes africaines, 2008.
- JAVARY Baptiste, « Le rôle pré-constituant des comités d'experts », in *Jurisdoctoria* n° 10, 2013.
- KONAN Line, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*. Thèse en Droit. Université Nancy 2, 2007.
- MBODJI Abdoul Aziz, *Communication sur la gouvernance et la constitutionnalisation, des ressources naturelles à l'occasion de la conférence sur les échanges citoyens autour des enjeux du développement au Sénégal*, juillet 2019.
- MEGRET Frédéric, « Les processus constituants transitionnels : essai de typologie et analyse critique », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015.
- ROY Alexis, *La société civile dans le débat politique au Mali*, in Cahier d'études africaines, n° 178, 2005.
- SISSOKO Makan Moussa, *Souveraineté et Coopération Internationale : Consubstantialité ou Antinomie ?* Leçon inaugurale à l'occasion de la sortie de la 5<sup>e</sup> promotion droit public de la Faculté de droit public de l'Université des sciences juridiques et politiques de Bamako, 2021.
- VIALA Alexandre, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », in *Civitas, Europa* 2014/1 (n° 32).

### III. Etudes notes et rapports :

- COULIBALY Mamadou Mohamed, « Mémoire sur la question territoriale », in *Le carnet de la refondation* n° 1, mai 2021.

- Documentation relative à l'histoire constitutionnelle de la République du Mali produite par la Fondation Max Planck, décembre 2018, Tome 2.
- Etude relative à la conception d'un processus de révision de la Constitution de la République du Mali réalisée par la fondation Max Planck pour la paix internationale et l'Etat de droit, décembre 2018 Tome 1.
- Guide pour comprendre l'organisation et le fonctionnement du Conseil national de transition (CNT), 2021.
- Rapport de l'atelier de consultation des forces politiques sur l'audit du cadre constitutionnel du Mali, 14 décembre 2020.
- Rapport final des Assises nationales de la Refondation, février 2022.
- Rapport de l'évaluation finale du projet de renforcement de la section des comptes ou future Cour des comptes du Mali (PRSC-FCC) réalisée par Fangatigui DOUMBIA, octobre 2012.
- ROUSSEAU Dominique, « Temps et Constitutions », Rapport des travaux sur transition constitutionnelle et Constitution « transitionnelle » quelles solutions pour une meilleure gestion de fin de conflit ? Colloque international d'Aix -en Provence, juin 2012.
- SY Ousmane, Ambroise DAKOUO et Kadari TRAORE, *Dialogue National au Mali : Leçons de la Conférence Nationale de 1991 pour le processus de sortie de crise, étude de cas*, 2016.
- THIAM Adam, *Centre du Mali : Enjeux et dangers d'une crise négligée*, Centre pour le dialogue humanitaire (h d), mars 2017.

#### **IV. Textes législatifs et réglementaires :**

- Décret n° 08-732/P-RM du 11 décembre 2008 portant création du Comité d'appui aux réformes institutionnelles (CARI).
- Décret n° 2016-0235/ PM-RM du 20 avril 2016 portant création du Comité d'experts de la révision constitutionnelle.
- Décret n° 2019-0015/PM-RM du 14 janvier 2019 portant création du Comité d'experts pour la Rrforme constitutionnelle.

#### **5. Jurisprudence :**

- Arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001 de la Cour constitutionnelle.
- Arrêt n° 2017-04/CCM/REF du 4 juillet 2017, la Cour constitutionnelle.

**LE PROCESSUS DE MISE EN PLACE DE LA POLICE DE  
PROXIMITE DANS LES ETATS DU SAHEL :  
CAS DU MALI ET DU BURKINA FASO**

**Mamadou Lamine DEMBELE,**  
**maître de conférences agrégé à l'Université des sciences juridiques  
et politiques de Bamako (USJPB)**  
**et M. Walama SANGARE,**  
**doctorant au LERDDL de l'Université des sciences juridiques et  
politiques de Bamako (USJPB).**

**Résumé :** *Confrontés aux défis de l'insécurité et du terrorisme, les pays du Sahel sont à la recherche de solutions pour assurer une meilleure sécurisation de leurs territoires et de leurs populations en vue d'un développement durable. Dans cette perspective, aussi bien dans les discours politiques que les accords de paix signés sous les auspices de la communauté internationale, l'on évoque la nécessité d'une police de proximité, comme concrétisation de la sécurité de proximité. Celle-ci apparaît ainsi comme un ensemble de moyens institutionnels et humains destinés à la protection des biens et des personnes, sous la houlette des collectivités locales avec une forte implication des communautés à la base. Cependant, la mise en œuvre de ce mécanisme, nouveau dans le paysage institutionnel local, pose de nombreux défis à tous les acteurs (les collectivités locales, l'Etat, les partenaires techniques et financiers, les communautés locales). Ces défis sont d'ordre conceptuel, juridique, politique et économique. S'inscrivant pleinement dans la sous-thématique relative au besoin et à la genèse d'une fonction publique territoriale, cette communication entend analyser les facteurs et les enjeux du processus de mise en place de cette police de proximité au sein des Etats du Sahel notamment au Mali et au Burkina Faso. A quels besoins répond la mise en place de la police de proximité, comment est mené le processus d'implémentation de cette nouvelle modalité de sécurisation territoriale,*

*quelles sont les conditions de réussite de cette nouvelle réponse sécuritaire au regard des défis à court, moyen et long terme ? La réponse à ces quelques interrogations, nous permettra, dans une approche à la fois juridique et sociologique, de mettre en exergue, dans un premier temps, les facteurs liés au processus de mise en place de la police de proximité dans ces deux pays et dans un second temps, les conditions de succès de ce nouveau dispositif de sécurité locale.*

Historiquement, la sécurité a été d'abord une fonction avant d'être une institution. Pendant l'époque féodale, la fonction sécuritaire était assurée par les seigneurs sur leurs domaines. Dans la grande famille traditionnelle africaine, le patriarche -comme le *pater familias* romain- veillait à la sécurité de sa communauté, tout comme le berger nomade se servait de son bâton pour assurer la sécurité de son troupeau. Il appartenait au paysan cultivateur de surveiller, durant toute la saison agricole, son champ contre les éventuels prédateurs. De la même manière, le précepteur, le marabout ainsi que le conducteur d'automobile seraient prêts à laisser leur vie contre la sécurité de leurs élèves, fidèles et passagers. Toutes ces formes de sécurité, sans jamais disparaître complètement, ont été progressivement soumises à celle de l'Etat depuis que celui-ci s'est arrogé, selon Max Weber, « le monopole de la violence légitime sur un territoire donné »<sup>1</sup>.

Cette institutionnalisation de la sécurité, mission régaliennne de l'Etat dorénavant, est l'un des phénomènes les plus importants et symptomatique de l'émergence de l'Etat moderne et de la compréhension de ses rapports avec la société. Intimement liée au paradigme de l'Etat-gendarme, la sécurité symbolise le monopole de la violence légitime. Par conséquent, l'Etat fait donc respecter les lois en s'appuyant exclusivement sur les forces régaliennes telles que la gendarmerie, la police, la justice et l'armée. La police apparaît donc, dans son acception la plus générale, comme une force qui pèse sur l'individu et qui s'impose toujours à lui<sup>2</sup>. Le terme « police » est

---

<sup>1</sup> Max WEBER, *Le savant et le Politique*, 1959 (édition 1963).

<sup>2</sup> MAO Tsé-Toung, *Guerrilla Warfare*, 1937.

polysémique, car il décrit l'autorité, désigne les décisions, exécute les mesures et définit le personnel chargé de mener cette action. Ainsi la police peut-elle être définie comme « l'ensemble des actes d'exécution des lois et règlements administratifs<sup>3</sup> » dans l'optique de la réalisation de l'ordre public.

Si ce paradigme a fonctionné pendant des siècles, force est de reconnaître qu'elle n'est plus de mise totalement depuis les années 1990 avec le triomphe du néolibéralisme consécutif à la chute de l'ex-URSS ouvrant la voie à l'ère de la mondialisation et du triomphe de l'économie de marché. Cette dynamique s'accompagne d'une crise de l'Etat-nation dont l'un des effets les plus manifestes est l'apparition de menaces transnationales qui ont sapé les fonctions régaliennes de l'Etat et démontré l'inadaptation des doctrines et des outils classiques de sécurité au sein et en dehors des frontières nationales.

L'on assiste aussi bien dans les démocraties anciennes que les jeunes démocraties en Afrique, à l'émergence de nouveaux acteurs en matière de sécurité qui tantôt suppléent l'Etat tantôt le relaient ou tout simplement contestent son autorité en la matière. Les groupes djihadistes, terroristes, d'auto-défenses et irrédentistes qui sont légion dans la bande sahélo-saharienne et qui sont impliqués dans les multiples formes de violence sur les personnes et les biens en sont une illustration. Ainsi, depuis quelques décennies, partout dans le monde, de nombreuses organisations policières ont expérimenté une nouvelle approche du travail des policiers, particulièrement ceux qui entrent quotidiennement en contact avec les citoyens.

Plusieurs termes qualifient ce virage organisationnel sans avoir une précision sémantique bien assurée : « police communautaire », « police citoyenne », « police restauratrice », « police municipale », « police territoriale », « initiative locale de sécurité », « police de proximité » etc. S'il existe quelques distinctions entre chacune de ces initiatives, on y constate un consensus sur l'idée de se rapprocher des citoyens de manière à regagner leur confiance et à mieux répondre à leurs besoins ainsi qu'à leurs attentes. Elles sont toutes la traduction

---

<sup>3</sup> R. MERLE et A. VITU, *Droit pénal général*, 1979, p. 1.261.

de la sécurité de proximité. En effet, implanter une nouvelle approche sur les façons d'être et de faire de la police dans la société nécessite beaucoup de temps, de communication, d'énergie, de stratégies, de ressources et de persévérance. Bien sûr, l'inévitable résistance au changement se manifeste par diverses manœuvres d'opposition. Dans les faits, la police de proximité transforme progressivement le travail des policiers en des missions qui se caractérisent éventuellement par une formation orientée vers des connaissances pratiques, une grande autonomie quant aux méthodes de travail, une responsabilité morale et juridique, une organisation collective robuste, une prise en charge du code de déontologie, une formation initiale de niveau universitaire, une solide formation continue et la mise en place de standards professionnels.

L'actualité récente a replacé les notions de contact et de proximité au cœur de la sécurité publique au Mali et au Burkina Faso. Inadaptée pour les uns, pas assez développée faute de moyens pour les autres, la police de proximité est devenue une nécessité aujourd'hui. Selon le politologue François Dieu, la police de proximité peut se définir comme « un mode de gestion de la sécurité mis en œuvre au plus près de la population, de manière à répondre par une action policière prioritairement préventive (inspirée du *community policing* anglo-saxon), à ses besoins soigneusement identifiés et pris en considération ».<sup>4</sup> La police de proximité apparaît comme un ensemble de moyens institutionnels et humains destinés à la protection des biens et des personnes avec une forte implication des communautés à la base. Cependant, la mise en œuvre de ce mécanisme, nouveau dans le paysage institutionnel local, pose de nombreux défis à tous les acteurs (les collectivités locales, l'État, les partenaires techniques et financiers, les communautés locales). Ces défis sont d'ordre conceptuel, juridique, politique et économique.

S'inscrivant pleinement dans la sous-thématique relative au besoin et à la genèse d'une fonction publique territoriale, cette communication entend analyser les facteurs et les enjeux du processus

---

<sup>4</sup> François DIEU, police de Proximité : *Les expériences françaises britanniques et new-yorkaises*, L'Harmattan, Paris, 2002.

de mise en place de cette police de proximité au sein des Etats du Sahel notamment au Mali et au Burkina Faso. A quels besoins répond la mise en place de la police de proximité ? Comment est mené le processus d'implémentation de cette nouvelle modalité de sécurisation territoriale ? Quelles sont les conditions de réussite de cette nouvelle réponse sécuritaire au regard des défis à court, moyen et long terme ? La réponse à ces quelques interrogations, nous permettra, dans une approche à la fois juridique et sociologique, de mettre en exergue, dans un premier temps, les facteurs liés à la mise en place de la police de proximité dans ces deux pays (I) et dans un second temps, les conditions de succès de ce nouveau dispositif de sécurité locale (II).

### **I. la police de proximité, une réponse à la crise de l'Etat-gendarme sahélien**

Malgré la présence des forces nationales, régionales, voire internationales, le besoin en matière de sécurité demeure pressant et constitue le principal défi à relever au regard des attaques régulières dont font l'objet les populations du centre du Mali et celles du nord du Burkina Faso. C'est ainsi que, pour faire face à cette situation chaotique, que les autorités de ces pays ont procédé à une réforme du secteur de la sécurité de leur territoire. Avec l'appui de partenaires techniques et financiers, la phase concrète de mise en œuvre de la police de proximité au Mali a démarré, notamment à Bamako. Les commissariats des 3<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> arrondissements ont été choisis pour servir de structures pilotes, avant l'extension vers tous les autres commissariats du district de Bamako. Quant au Burkina Faso, la police de proximité tire sa source des limites objectives des méthodes d'application de la police actuelle, méthodes dont les caractéristiques principales résident dans la forte centralisation des lieux de décision et de conception de la décision et la non-participation des bénéficiaires de la sécurité et victimes de l'insécurité.

Pour remédier à cette situation, il convient d'analyser d'abord la crise de l'Etat central face aux nouvelles formes de menaces (A), et

ensuite, la police de proximité comme un complément et un moyen d'accroître l'efficacité de la police nationale (B).

#### *A. la crise de l'Etat central face aux nouvelles formes de menaces*

Le Sahel est devenu une plate-forme de conception et de diffusion du terrorisme et de manière générale, un terrain favorable à la criminalité organisée. Cette situation résulte principalement de la pauvreté persistante, des conflits armés récurrents et de l'inadaptation de la réponse sécuritaire apportée jusque-là. Il n'est pas étonnant donc que, depuis quelques années, cette large zone soit le siège d'activités hautement dangereuses pour la sécurité des personnes et des biens avec comme conséquences : migrations forcées, déplacements de populations, circulation mal contrôlée des armes, activités terroristes, trafics et traites de tous genres et cybercriminalité.<sup>5</sup>

Le sentiment d'insécurité qui règne au Burkina et au Mali s'est développé parallèlement au retrait marqué de l'État, notamment à travers ses forces de sécurité et de défense depuis les programmes d'ajustement structurel et surtout les processus de décentralisation qui ont accompagnés la démocratisation intervenue dans les années 1990. Ce désengagement a eu pour conséquence que certains villages, communautés ou catégories professionnelles ont été et sont toujours tentés de s'organiser en vue de défendre leur espace<sup>6</sup>. En effet, la coexistence de plusieurs facteurs permettant de saisir les dynamiques sécuritaires au centre du Mali et au nord du Burkina que sont les logiques ethniques ou communautaires. Au vide sécuritaire dû à l'enlisement de plus en plus visible de l'État et à la prolifération des armes de guerre, s'ajoutent l'affaiblissement de l'appareil sécuritaire et la circulation des matériels de guerre, perçues comme une occasion inédite pour les populations de s'armer et de se rendre justice eux-mêmes par des actes de vengeance et de règlement des comptes. L'on peut s'en convaincre à travers les propos de cet universitaire pour qui

---

<sup>5</sup> Adam THIAM, *Centre du Mali : Enjeux et dangers d'une crise négligée*, 2017.

<sup>6</sup> *Idem*.



« Il est évident que dans le contexte burkinabé et malien l'existence et la multiplication de ces groupes dans leur territoire est un témoignage de la faillite de l'Etat et de son incapacité à satisfaire certains besoins pressants des populations. Lorsque l'Etat éprouve des difficultés à assurer cette sécurité, ne soyez pas étonnés de voir des groupes d'individus s'organiser pour prendre en main leur propre sécurité »<sup>7</sup>.

Pour sa part, le colloque national sur la défense-sécurité et médias, en 2004, avait souligné que « l'Etat ne peut pas à lui seul assurer la protection globale du citoyen, cependant, Un Etat qui n'arrive pas à l'assurer avec l'appui de tous les acteurs dont ses propres citoyens, cesse d'être crédible aux yeux de ces mêmes citoyens, fussent-ils analphabètes ou non... »<sup>8</sup>. Le fond de la crise de l'Etat sahélien git là puisqu'au-delà des dysfonctionnements structurels des forces de défenses et de sécurité depuis les indépendances, il y a une rupture de confiance entre ces forces et les populations. Pourtant, la préoccupation de sécurité a toujours été une priorité des décideurs politiques. Et elle s'est manifestée par des approches nationales, développées dans des politiques de sécurité propres à chaque pays, mais aussi dans la sous-région, avec pour cadre, les grands rassemblements politiques qui unissent les pays de l'Afrique de l'Ouest et ceux du Sahel. Cependant, compte tenu des mutations et de l'importance de la sécurité dans le processus de développement, il est devenu impératif de repenser et d'adapter ces politiques de sécurité aux nouvelles menaces. Comme l'a si bien dit Cheikh Anta Diop : « la sécurité précède le développement »<sup>9</sup>.

C'est ce qu'ont compris les plus hautes autorités du Mali et du Burkina Faso en orientant leurs visions vers le concept de « police de proximité », stratégie majeure dans leurs pays respectifs. Dans son message du 20 janvier 2003, le président malien de l'époque, Amadou

---

<sup>7</sup> Dr Aly TOUNKARA, *L'émergence de groupes d'autodéfense au centre du Mali : violence et déficit de l'Etat / contre-discours radical*, 2019.

<sup>8</sup> Ministère de la Défense et des Anciens combattants, *Recueils des recommandations des actes du colloque national DEFENSE-SECURITE-MEDIAS*, Bamako ? 15-20 décembre 2004, p. 28.

<sup>9</sup> Cheikh Anta DIOP, *Nation nègres et culture*, Présence africaine, 1979.

Toumani Touré soulignait cette nécessité dans des termes sans ambiguïtés « construisons l'armée de nos besoins plutôt que de conserver l'armée de nos habitudes, une armée résolument tournée vers le futur et qui exige l'adaptation des capacités et de la structure des forces armées à nos besoins réels de sécurité humaine globale et non de défense militaire... »<sup>10</sup>. Cette vision amorce un mode de gestion considérant le citoyen comme une sentinelle de la prévention et s'intégrant parfaitement dans l'évolution de la notion de sécurité qui est marquée par une gestion exclusive de l'État. On peut affirmer comme Papa Khaly Niang que « cette vision permet de démontrer qu'aucune sécurité n'est possible sans une quantification scientifique, au préalable, de la criminalité et des situations qui génèrent les actes de délinquance, de déviance et d'incivilité. La gestion pluraliste (pluridisciplinaire, participative et inclusive) de la sécurité par les acteurs régaliens (police, Gendarmerie et autres) doit naturellement s'appuyer sur de nouveaux acteurs non professionnels (les élus locaux, les politologues, les juristes, les sociologues, les travailleurs sociaux, les organisations communautaires de base, la société civile, etc.) cette vision permet d'aboutir à un changement de paradigme qui consacre la sécurité par tous, pour tous et partout »<sup>11</sup>. D'où la nécessité de mettre en place une police de proximité traduction de la sécurité humaine de proximité qui impactera forcément sur le dispositif organique et fonctionnel de la police nationale qu'il convient d'appréhender.

***B. la police de proximité, complément et catalyseur « pro-population » de la police nationale***

La police de proximité n'est pas une nouvelle structure mise en place, en parallèle à la police classique déjà existante, elle est un

---

<sup>10</sup> Ministère de la Défense et des Anciens combattants, *Recueils des recommandations des actes du colloque national DEFENSE-SECURITE-MEDIAS*, Bamako ? 15-20 décembre 2004, p. 5.

<sup>11</sup> NIANG P. K., *Sécurité de proximité : mode d'emploi L'expérience sénégalaise de la Gouvernance Sécuritaire de Proximité*, l'Harmattan, Paris, 2015, 30 p.

nouveau concept des gouvernants pour mieux rapprocher les services de police des populations qu'ils sont appelés à servir. Selon Wesley Skogan, professeur de science politique à la Northwestern University<sup>12</sup>, *la police de proximité est une stratégie organisationnelle qui utilise les principes suivants : décentralisation organisationnelle et réorientation des activités de patrouille afin de faciliter une communication bidirectionnelle entre la police et le public ; // action policière axée sur la résolution des problèmes ; // policiers attentifs aux demandes des citoyens ; // appui apporté aux communautés pour résoudre par elles-mêmes les problèmes de délinquance, notamment grâce à un travail réalisé en partenariat avec les structures et organismes présents dans l'environnement immédiat et à des programmes de prévention des crimes et de la délinquance.*

Partant de ces considérations, la police de proximité enrichit le travail des policiers et renforce son lien avec la population en suscitant leur participation dans la définition et la préservation d'un cadre de vie de qualité. Les policiers ne se concentrent plus uniquement sur la lutte contre la criminalité ou sur la réponse aux appels urgents d'assistance. Ils doivent aussi s'intéresser à la tranquillité publique et à la qualité des services proposés. Il s'agit en quelque sorte de rééquilibrer les priorités entre les aspects traditionnels du travail policier, une démarche centrée sur les causes du crime et des désordres publics, et une communication à double sens avec les citoyens. L'établissement de partenariats avec la population permet aux citoyens de jouer un rôle déterminant dans l'élaboration et la mise en œuvre des stratégies de sécurité, constituant ainsi un changement majeur en comparaison avec le modèle traditionnel. Ce rôle social de la police contribue à la légitimité de l'action policière sur le territoire, à l'efficacité des services offerts, à l'amélioration de la qualité des conditions de travail des policiers ainsi qu'à la qualité de vie des citoyens. La proximité avec les citoyens ancre solidement la police dans le territoire dont elle assure la sécurité<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Wesley G. SKOGAN, *Community Policing, can it work ?* Northwestern University, United Kingdom, 2004.

<sup>13</sup> CHAMBRON, (1994). *Cahiers de la Sécurité Intérieure* n° 16.

Le modèle de la police de proximité permet d'intégrer dans l'organisation trois principes fondamentaux : l'établissement d'un lien de confiance par le rapprochement avec la population, le travail en partenariat avec une multitude d'acteurs sociaux ainsi que la prévention de la criminalité et des désordres publics par la résolution de problèmes<sup>14</sup>. Ce modèle permet de comprendre les difficultés existant entre la police nationale et la police municipale au Mali et particulièrement à Bamako, la capitale. Il est important de souligner que, pendant toute son existence à Bamako, la police municipale n'a pas toujours eu une cohabitation heureuse avec la police nationale pour des raisons diverses. La police municipale n'a pas bénéficié de l'ouverture et de la collaboration qu'elle était en droit d'attendre de la police nationale. En effet, selon le témoignage d'un responsable municipal, les policiers municipaux ont toujours reproché à leurs homologues de la police nationale de n'avoir jamais manifesté de solidarité à leur égard. Si ces deux catégories de fonctionnaires ont effectué le même travail (police municipale et police nationale), elles ont cependant reçu un traitement différencié.

Les rapports entre la police nationale et cette police territoriale dépendent de la manière dont fonctionne cette dernière. Or cette police territoriale, pour être efficace, doit être complémentaire à la police nationale et non être concurrentielle ou supplétive à ces dernières souligne un autre responsable sécuritaire. Elle doit aider la police nationale à se décharger des missions sociales qu'elles ne peuvent accomplir à cause du manque d'effectifs et de l'accroissement de la grande criminalité. Certes, une police territoriale, très sophistiquée, avec un matériel excessif, pourrait déboucher sur des rivalités avec les polices d'État, de surcroît, si ces dernières qui ont la charge de lutter contre la grande criminalité, n'ont pas assez de moyens. Elles pourraient voir alors d'un mauvais œil une police territoriale suréquipée, peut-être même s'étonner de la raison d'être de ce matériel compte tenu des compétences limitées de ces policiers. En réalité, l'équipement excessif de la police territoriale donne

---

<sup>14</sup> R. MERLE et A.VITU (1979) *Traité de droit criminel*. Paris, Cujas, t. 2, *Procédure pénale*.

l'impression de vouloir se substituer à la police nationale. Or, cette situation pourrait rendre difficile la collaboration entre ces deux entités de police. Ce qui serait préjudiciable et contraire à une logique de police territoriale, de paix sociale qui rassure la population et assure un bon partenariat entre les différents acteurs.

Par ailleurs, le comportement de certains agents de la police territoriale peut entraîner ce que des spécialistes appellent la « guerre des polices ». Les polices territoriales qui veulent des fonctions de « lutte sociale » constituent de nouveaux acteurs dans ces querelles intestines au détriment de la sécurité et des intérêts des citoyens. En France, par exemple, les rivalités entre la police nationale et la gendarmerie nationale datent de très longtemps<sup>15</sup>. Une police territoriale tente d'éviter les faits traumatisants, sans rapport direct avec les forces de police nationale. Elle ne fait que du service de sécurité municipale en s'occupant des incivilités, du bruit, du stationnement, des écoles, des commerces, etc. Elle cherche la tranquillité des citoyens et laisse les endroits dangereux à la police nationale. En fait, elle s'occupe plutôt de ce qui gêne le citoyen dans sa vie quotidienne.

Une des fonctions de complément de la police territoriale à la police nationale est qu'elle règle les problèmes de voisinage, fait le lien avec les autres services municipaux, les acteurs de la sécurité et les services sociaux. Elle n'effectue que les tâches qui lui sont déléguées par les acteurs régaliens. Elle apporte son appui aux forces de police nationale pour régler les petites et moyennes affaires, prévenir et lutter contre la petite délinquance et les incivilités. A ce titre, elle est complémentaire à la police nationale.

En définitive, c'est dans le partenariat que la police municipale et la police nationale doivent trouver leur efficacité. Rappelons que, le seul problème majeur qui rend les rapports difficiles, c'est la délimitation des compétences territoriales et l'étroitesse des attributions. Dans bien des cas, force est de constater que la police municipale fait office de police de proximité. Cette fonction qui

---

<sup>15</sup> A. AMON et J. C. MARCHAND, Edit. Alain Moreau (1983), cités par Niang P. K. (1996), p. 111.

constitue pourtant un aspect essentiel du service public se trouve parfois délaissée par la police nationale qui préfère s'orienter vers des tâches plus «prisées» comme les arrestations, le déferrement, etc. des situations mieux prises en compte par les statistiques officielles.

Si tout rapport entre la police nationale et les polices municipales doit se résumer à une relation de partenariat élaborée et gérée par le préfet et le maire en tenant compte des acteurs et des réalités locales, il est nécessaire de s'interroger aux conditions de succès de ce nouveau dispositif de sécurité locale tant au niveau de la prise en compte des intérêts et besoins des acteurs qu'au niveau de la légalité du dispositif.

## **II. la police de proximité face aux défis de l'inclusion et de la légalité démocratique**

Il ne faut pas que la police de proximité soit la réplique de la police nationale dans ses tares et ses modes opératoires. Ce serait faire du neuf avec du vieux. Pour éviter l'échec programmé et une nouvelle désillusion des populations, il y a lieu d'examiner les dispositifs juridiques mis en place pour organiser la mise en place de la police de proximité dans les deux pays. En effet, comme toute nouveauté sous les tropiques, il existe des appréhensions positives et négatives au sein de la population. Or l'adhésion de celle-ci est indispensable pour la pérennité et la légitimité du dispositif car l'un des principaux objectifs est de restaurer la confiance entre elles et la police de proximité. La notion de sécurité de proximité permet justement non seulement la gestion de la sécurité par les acteurs régaliens, mais aussi par la participation de la population. Pour mieux cerner ces exigences qui sont autant de défi pour le succès de cette institution, il convient d'insister d'abord sur l'inclusivité du processus (A) puis sur sa juridicisation (B).

### ***A. La police de proximité face au défi de l'inclusivité***

Ici, il est important de souligner que le glissement du rôle traditionnel de la police vers une sécurité de proximité, axée sur l'inclusion et la participation des citoyens, constitue la clef de réussite

des politiques publiques de sécurité dans nos sociétés en pleine mutation. Car, depuis 1990, la bonne gouvernance est perçue, comme une exigence essentielle du développement durable des Etats et des villes. Le concept fait appel à la capacité d'exercer l'autorité dans une société de manière efficace, honnête, équitable et imputable, en respectant les droits de la personne dans un contexte démocratique<sup>16</sup>. Cette capacité doit se traduire par l'élaboration et la mise en œuvre de politiques, par l'établissement d'une interaction et par un partenariat entre l'Etat et la société civile<sup>17</sup>.

C'est une police décentralisée et proactive, reconnaissant une large autonomie pratique aux services et aux agents pour qu'ils opèrent en amont de la transgression des règles de droit et de la production des désordres et des nuisances, etc. Cette pratique privilégie la persuasion et la prévention, la communication et la collaboration avec le public<sup>18</sup>.

La police de proximité qui, étant considérée comme plus proche du citoyen, suppose plus de présence et plus de visibilité de la police sur la voie publique pour prévenir le sentiment d'insécurité et l'insécurité réelle. Elle se doit d'être territorialisée et se veut plus présente partout sur l'ensemble du territoire. Elle crée une dynamique dans sa démarche partenariale avec ses élus, les associations et les administrations locales. Ces attentes imposent une formation spécifique des policiers et des gendarmes : estimée à cette fonction.

Le policier de proximité n'est pas seulement un îlotier. Il doit nouer des relations étroites avec la population de son secteur d'activité appelé îlot. Il revient au policier de proximité de mieux connaître les besoins de la population en sécurité, d'en tirer les conclusions nécessaires sur la nature des interventions les plus efficaces et sur le type de service adapté à la situation. Ainsi, il l'associe pleinement à son propre travail. Le policier de proximité fera l'évaluation de son travail en exploitant les réalités du terrain. Son statut lui permet de faire des enquêtes de victimisation et de recueillir

---

<sup>16</sup> Banque mondiale 1992, Harfang et Boateng, 1997.

<sup>17</sup> M. CHALON, L. LEONARD, F. VENDERSCHUERON et C VEZINA, *Sécurité urbaine et Bonne Gouvernance : Le rôle de la police*.

<sup>18</sup> NIANG P. K. (2015), *op. cit.*

les indices de satisfaction des habitants de son quartier. En effet, le travail de la police devient difficile lorsqu'il y a absence de dialogue avec la population.

Malgré l'utilité de la police de proximité reconnue par les populations et par les décideurs, les policiers eux-mêmes considèrent, le plus souvent, cette pratique policière peu valorisante. Ils préfèrent faire de la circulation ou d'autres actions policières qui sont soumises à l'évaluation statistique. La raison est évidente : Pilotage axé sur la prévention n'est pas quantifiable alors que les chiffres de la répression donnent l'impression d'une police efficace qui produit des résultats réels.

Aujourd'hui, pour plus assurer ses missions au mieux des intérêts des populations, la police essaie d'évoluer en profondeur et de transformer ses modes d'intervention. A une police chargée principalement de la répression et du maintien de l'ordre public se substitue une police ayant comme objectif premier la sécurité des citoyens au quotidien et capable d'apporter des réponses adaptées à la petite et moyenne délinquance. Cette réorientation des modes opératoires de la police doit permettre une meilleure réponse, en agissant en confiance avec la population, en intervenant moins en réaction à des faits de violence que par un travail de terrain en profondeur. Ce qui laisse autant de place à la prévention, à la dissuasion qu'à la répression. Bien entendu, cette dernière reste nécessaire, car la sanction, en marquant des limites, est un rappel au respect de la loi, et a un caractère pédagogique indispensable. Néanmoins, la police de proximité qui était tout d'abord un concept, est une véritable doctrine complète, cohérente et précise. Cette doctrine s'articule autour de trois objectifs : action particulièrement innovants. Le premier objectif consiste à être dans l'anticipation et la prévention pour ne plus subir aux événements ; le second objectif sert à mieux connaître son territoire et être bien connu de ses habitants ; enfin, le troisième objectif permet de répondre aux attentes de la population à travers le dialogue et une écoute attentive.

La police de proximité doit contribuer à réduire fortement l'insécurité, qui ne cesse de croître, non seulement dans les capitales



régionales mais à travers presque tous les pays du Sahel. C'est du moins l'objectif affiché par les ministères de la Sécurité des deux pays concernés<sup>19</sup>. « Si la population comprend et accepte la nécessité de se mettre en rapport avec les services de police pour donner des informations, nous pensons que cela pourra être très déterminant dans la lutte contre l'insécurité »<sup>20</sup>.

***B. La police de proximité face au défi de la juridicisation<sup>21</sup> du processus.***

Que ce soit au Burkina Faso ou au Mali, l'enjeu majeur de la mise en place et de la pérennité de la police de proximité dépendent de la force légale liée au processus puisqu'il s'agit de renforcer la démocratie et l'Etat de droit. La stratégie de mise en œuvre de la police de proximité au Burkina Faso repose sur un plan d'action adopté par décret pris en conseil des ministres (pour la période 2005-2009). Au Burkina Faso, l'option pour une police de proximité trouve son fondement légal dans la Loi n° 032-2003/AN du 14 mai 2003 relative à la sécurité intérieure. Cette loi fut renforcée par le décret n° 2005-245/PRES/PM/SECU/DEF/MATD/MJ/MFB/MPDH du 12 mai 2005 portant création, composition, attributions et fonctionnement de comités locaux de sécurité<sup>22</sup>. Ce décret a abrogé un autre décret pris en conseil des ministres en 1998. Il s'agit du décret n° 98-379 PRE/PM/MATS/DEF du 15 septembre 1998 portant création, composition et attributions de comités consultatifs de sécurité. Un autre décret a permis l'adoption d'un plan d'action pour la période 2011-2015 sur la mise en place de la police de proximité. C'est le décret n° 2010-274/PRES/PM/SECU portant adoption du plan d'action

---

<sup>19</sup> Christian MOUHANNA, « Une police de proximité judiciairisée », *Déviante et Société* 2002/2 (Vol. 26), p. 163 à 182.

<sup>20</sup> NIANG P. K. (2015), *op. cit.*

<sup>21</sup> Jérôme PELISSE, « judiciarisation ou juridicisation ? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », dans *Politix* 2009/2, n° 86, p. 73.

<sup>22</sup> Loi n° 032-2003/AN (*JO* n° 31 2003 du 31 juillet 2003), relative à la sécurité intérieure.

2011-2015 de mise en œuvre de la police de proximité au Burkina Faso<sup>23</sup>. JO N° 25 DU 24 JUIN 2010. A ce décret s'ajoute un autre décret de 2016 portant sur la définition des modalités de participation des populations à la mise en œuvre de la police de proximité. Il s'agit du décret n° 2016 1052/PRES/PM/MATDSI/MJDHPC/MINEFID/MEEVCC portant définition des modalités de participation des populations à la mise en œuvre de la police de proximité<sup>24</sup>. Le présent décret en application de l'article 10 de la loi n° 032-2003/AN du 14 mai 2003 relative à la sécurité intérieure, détermine les modalités de participation des populations à la mise en œuvre de la police de proximité. Qui se fait à travers des structures communautaires locales de sécurité et de coordination.

Selon les dispositions de ce décret, est considérée comme structure communautaire locale de sécurité, en abrégé (S.C.L.S.), toute association légalement constituée et dont l'un au moins des objectifs est la participation à la lutte contre l'insécurité. Cette disposition précise également que sont exclues du champ d'application du présent décret, les sociétés privées de sécurité, les sociétés privées exerçant dans la fabrication et le commerce des armes, leurs pièces et munitions ainsi que les associations constituées dans le cadre de ces domaines d'activités.

Cependant au Mali, la mise en place d'une police territoriale est prévue dans l'accord de paix de 2015 sans que le contenu de ses attributions, ses relations avec les forces de sécurité nationale et son rattachement fonctionnel ne soient pour l'instant clairement définis. Des réflexions ont été engagées en 2016 sur cette question sensible au sein du ministère de la Décentralisation, qui pilote le projet, mais aussi au sein du ministère de la Sécurité. En mai 2017 ce dossier n'avait connu aucune évolution significative.

---

<sup>23</sup> Loi n° 032-2003/AN (JO n° 25 2010 du 24 juin 2010), relative à la sécurité intérieure.

<sup>24</sup> Loi n° 032-2003/AN (JO n° 51 2016 du 22 décembre 2016), relative à la sécurité intérieure.

Il est important de rappeler qu'en 2005, sous le premier mandat de Amadou Toumani Touré Président de la République du Mali, gouvernement d'alors, à travers la réforme du secteur de la sécurité (RSS) au Mali avait fait la promotion de la police de proximité comme l'une des innovations majeures de cette réforme. Mais, malheureusement, le coup d'Etat de 2012 a eu des impacts significatifs sur le processus de réforme du secteur de la sécurité au Mali.

C'est ainsi que, dès la première année de l'élection de Ibrahim Boubacar Keita, président de la République du Mali en 2013, il a accordé aussi une place prioritaire à la réforme et à la gouvernance du secteur de la sécurité. C'est pourquoi, un groupe de réflexion pluridisciplinaire sur la réforme du secteur de la sécurité (GPRS) a été institué. Le GPRS a recommandé la création d'un Conseil national pour la réforme du secteur de la sécurité (CNRSS)<sup>25</sup>, organe consultatif et décisionnel, chargé de guider et de diriger le processus de réforme du secteur de la sécurité national. La création du CNRSS en 2014 n'a abouti à sa mise en place effective qu'en 2017. Sa mission consiste à définir des orientations stratégiques et la fixation des priorités nationales en matière de réforme du secteur de la sécurité.

Il est nécessaire de rappeler qu'auparavant il y avait un cadre réglementaire de la police municipale très ancien. En effet, en ce qui concerne la création et l'organisation de la police municipale dans le district de Bamako, il y a eu l'adoption d'un certain nombre de lois et d'ordonnances. Tout d'abord, sous le régime du général Moussa Traoré, président de la République du Mali, trois ordonnances et un décret ont permis de la justifier. Il s'agit de l'ordonnance n° 77-44 / CMLN du 12 juillet 1977 portant réorganisation territoriale administrative de la République du Mali. Ensuite, l'ordonnance n° 78-32 / CMLN du 18 août 1978 fixant le statut du district de Bamako ; et l'ordonnance n° 78-33 / CMLN du 18 août 1978 déterminant les limites du district de Bamako<sup>26</sup> ; et enfin, le décret n° 32/PG-RM du 31 janvier 1980 déterminant les règles de fonctionnement du conseil de district

---

<sup>25</sup> Nouhoum SANGARE, *Gouvernance du secteur de la sécurité en Afrique de l'Ouest : les défis à relever*, DCAF (2008).

<sup>26</sup> Ordonnance n° 1 CMLN du 28 novembre 1968.

de Bamako et la procédure de désignation de ses membres<sup>27</sup>. Ces différentes règles ont permis l'adoption d'un arrêté par le gouverneur du district de Bamako en 1989, sur la création de la police municipale, dénommé la brigade urbaine de protection de l'environnement (BUPE). Il s'agit de l'arrêté n° 89-70/DB du 30 août 1989 portant création de la brigade urbaine de protection de l'environnement (BUPE)<sup>28</sup>.

Egalement sous la troisième République, il y a eu l'adoption de la loi n° 96-25 du 21 février 1996 portant statut particulier du district de Bamako. A travers cette loi, le maire du district a procédé à une réorganisation des modalités de fonctionnement des services de la mairie du district de Bamako en 2019. Il s'agit de l'arrêté n° 2019-13/M-DB du 4 avril 2019 portant organisation des modalités de fonctionnement des services de la mairie du district de Bamako. Cet arrêté a servi de réorganiser la direction de la police municipale, dénommé la direction urbaine du bon ordre et de la protection de l'environnement (DUBOPE)<sup>29</sup>. Cette direction est dirigée par un directeur, chargé de la mise en œuvre, du contrôle et du suivi des attributions de police administrative et judiciaire dévolues au maire du district de Bamako. Il élabore, oriente, coordonne et contrôle l'ensemble des activités du service. Elle intervient soit sur instructions écrites ou verbales du maire du district, ou sur instructions écrites ou verbales des maires des six communes de Bamako, et enfin, à la demande des services techniques de la mairie du district de Bamako.

En ce qui concerne la police de proximité au Mali, le secrétariat général du ministère de l'Administration territoriale nous a indiqué qu'il n'y a aucun texte adopté pour son organisation. D'où le vide juridique sur son processus de création, d'organisation, de

---

<sup>27</sup> Constitution du 2 juin 1974.

<sup>28</sup> Arrêté n° 0925/MATDE-CAD du 24 mars 1989 du ministre de l'Administration territoriale et du Développement à la base portant nomination des membres du conseil de district.

<sup>29</sup> Arrêté interministériel n° 02-2169/MEF-MATCL du 8 octobre 2002, fixant les modalités de création, d'organisation, de fonctionnement et de contrôle des régies de recettes et des régies d'avances des collectivités territoriales.

fonctionnement en général et particulièrement sur sa faisabilité. Ce qui peut favoriser aussi des partages d'expériences venant d'ailleurs.

\*

\*\*

L'Etat sahélien est un géant institutionnel mais un nain sécuritaire. C'est ce qui apparaît à travers la confrontation des défis sécuritaires avec les réponses apportées au quotidien. En effet, dans un Etat défaillant caractérisé par l'affaiblissement de l'autorité de l'Etat, l'engrenage de la corruption et de l'injustice au sommet de l'Etat, l'ineffectivité du droit, les populations ont l'impression d'être mieux en sécurité en l'absence de l'Etat qu'en sa présence. Cette situation s'explique par le fait que certains représentants de l'Etat font souvent preuve d'abus de pouvoir à l'encontre des pauvres innocents, suscitant une haine contre les autorités en charge de leur sécurité. Ce propos est attesté par les événements malheureux survenus à Niono (région de Ségou), le 19 septembre 2019 avec l'assassinat par la population du commissaire de police de cette localité.

Seul le rétablissement et la promotion d'un véritable état de droit fondé sur l'égalité de droits entre tous les citoyens, est de nature à instaurer la confiance entre l'Etat et la population. La politique étant l'art de réaliser ce qui est possible et nécessaire, aucune action de développement ne peut être entreprise sans un minimum de sécurité. Au Burkina Faso et au Mali, ce devoir incombe à l'Etat qui a la haute mission de protéger les institutions et les intérêts nationaux, de faire respecter les lois et règlements, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la protection des personnes et des biens. La forme peut changer mais l'esprit reste.

## BIBLIOGRAPHIE

- CHAMBRON N., (1994). *Cahiers de la Sécurité Intérieure* n° 16, p. 48-60.
- CHRISTIAN Mouhanna, « Une police de proximité judiciarisée », *Déviance et Société* 2002/2, vol. 26, p. 163 à 182.
- FRANÇOIS D., *Policier de Proximité : Les expériences françaises britanniques et new-yorkaises*, l'Harmattan, Paris, 2002.
- LAPLANTE Laurent, *Des droits universels - l'ONU à la lumière de Seattle*, Editions éco-société Montréal.
- MAO Tsé-Toung, *Guerrilla Warfare*, 1937.
- MERLE R. et VITU A. (1979) *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, t. 2, *Procédure pénale* ; 4<sup>ème</sup> édition, 1000 p.
- NIANG P. K. *Sécurité de proximité : mode d'emploi L'expérience sénégalaise de la Gouvernance Sécuritaire de Proximité*, l'Harmattan, Paris, 2015, 30 p.
- SANGARE, Nouhoum. *Gouvernance du secteur de la sécurité en Afrique de l'Ouest : les défis à relever*. DCAF (2008).
- THIAM A., *Centre du Mali : Enjeux et dangers d'une crise négligée*, 2017
- TOUNKARA A., *L'émergence de groupes d'autodéfense au centre du Mali : violence et déficit de l'Etat / contre-discours radical*, 2019.
- WEBER M., *Le savant et le Politique*. Paris, Plon, collection « 10/18 » 1959 (édition 1963)

### Textes juridiques :

- Constitution du 2 juin 1974 du Mali.
- Loi n° 032-2003/AN du 14 mai 2003 relative à la sécurité intérieure du Burkina Faso.
- Loi n° 032-2003/AN (JO n° 25 2010 du 24 juin 2010), relative à la sécurité intérieure du Burkina Faso.
- Loi n° 032-2003/AN (JO n° 51 2016 du 22 décembre 2016), relative à la sécurité intérieure du Burkina Faso.
- Ordonnance n° 1 CMLN du 28 novembre 1968 du Mali.

-Décret n° 296 du 25 juin 2001 portant organisation du ministère de la Sécurité du Burkina

-Arrêté n° 0925/MATDE-CAD du 24 mars 1989 du ministre de l'Administration territoriale et du Développement à la base portant nomination des membres du conseil de district.

-Arrêté interministériel n° 02-2169/MEF-MATCL du 8 octobre 2002, fixant les modalités de création, d'organisation, de fonctionnement et de contrôle des régies de recettes et des régies d'avances des collectivités territoriales.





## L'APPROPRIATION FONCIERE AU MALI ENTRE DROIT COUTUMIER ET DROIT FORMEL : HISTOIRE D'UNE IMPASSE

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

**Résumé :** *Le foncier est au cœur des dynamiques sociales en Afrique. De nombreux travaux alimentent la réflexion sur le droit foncier des zones rurales en Afrique de l'Ouest. Au Mali, la problématique de l'appropriation foncière, aux enjeux multiples, s'avère une question classique et pérenne.*

*Avant la colonisation, la terre avait un régime juridique uniforme qui était en harmonie avec les réalités socio-économiques du pays. Mais avec la colonisation, ce régime a subi de profondes mutations dues à l'introduction de données sociologiques occidentales dans les pays. Créant ainsi de l'imbroglie foncier et domanial enregistré ces dernières années.*

*Cet imbroglie juridique tire sa source de la juxtaposition d'un droit coutumier sacralisant la terre d'une part et d'autre part d'un droit moderne qui la désacralise en faisant d'elle l'objet d'un droit de propriété privée avec les conséquences qui s'y rattachent.*

*Dans ce contexte, de nombreux actes d'appropriation foncière apparaissent comme des actes d'exclusion et de soumission des ruraux.*

**Mots clés :** Appropriation foncière- Droit coutumier- Mali

Les questions liées à la terre ont toujours revêtu une importance capitale dans les pays à prédominance agro-sylvo-pastorale<sup>1</sup>. Au-delà

---

<sup>1</sup> Qui concerne à la fois l'agriculture, l'élevage et l'exploitation forestière.

de sa valeur économique, la terre reste un repère social et culturel pour les humains vivant sur une aire géographique<sup>2</sup>. Le problème foncier a été une question fondamentale tout au long de l'histoire malienne<sup>3</sup>. Le droit foncier est le droit relatif à l'occupation et à l'exploitation du sol. Il constitue, de ce fait, un enjeu extrêmement important pour le Mali, dont l'économie est basée sur l'activité agricole<sup>4</sup>.

La problématique de l'appropriation foncière, aux **enjeux** multiples, s'avère une question classique et pérenne. En effet, le thème de la rentrée judiciaire 2009-2010, y a été consacré<sup>5</sup>. Les assises nationales des Etats généraux du foncier ont été organisées à Bamako du 7 au 11 décembre 2009, dont l'ouverture des travaux a été présidée par le président de la République ATT<sup>6</sup>. En 2016, le ministre des Domaines et des Affaires foncières a fait l'objet de deux interpellations à l'Assemblée nationale<sup>7</sup> et cela en l'espace de cinq mois.

Le droit de propriété est un droit portant directement sur une chose et qui confère à son titulaire toutes les prérogatives liées à la

---

<sup>2</sup> Samba TRAORE, préface in B. CAMARA, *Evolution des systèmes fonciers au Mali, Cas du bassin cotonnier de Mali sud*, Dakar, CODESRIA, 2015.

<sup>3</sup> A. ROCHEGUDE, « La logique foncière de l'Etat depuis la colonisation : l'expérience malienne », in *Enjeux fonciers en Afrique noire*, Karthala, 1982, p. 146.

<sup>4</sup> Ministère de l'Agriculture, *Note sur les résultats des récoltes* (Campagne 2005-2006), Cellule de planification et de Statistiques, Bamako, mars 2006.

<sup>5</sup> « Le juge et la sécurité foncière », in *Bulletin d'information de la Cour suprême du Mali*, n° 10, décembre 2009.

<sup>6</sup> L'essentiel du discours de Amadou Toumani TOURE était axé sur les dérives foncières au Mali : « les textes et schémas directeurs d'aménagement régissant le foncier et l'immobilier se traduisent par la dilapidation du domaine privé foncier de l'Etat et des collectivités locales, l'enrichissement illicite des autorités concédantes, l'insécurité foncière et immobilière, les conflits fonciers et l'injustice. » in « Annexe, Rapport de synthèse des états généraux du foncier » p. 141.

<sup>7</sup> Séance plénière d'interpellation du gouvernement par les députés le 16 mai 2016.

propriété sur la chose<sup>8</sup>. Dans la pratique, l'accès des particuliers à la propriété foncière commence par l'acquisition de droits d'usage, soit par héritage (droits coutumiers), don ou achat de terrain ou l'attribution de terrain par l'Etat. De l'analyse de la nomenclature du droit foncier malien, il ressort que plusieurs liens juridiques peuvent exister entre une personne et une parcelle de terrain, les uns découlant des titres précaires, les autres du titre foncier.

Les titres précaires comprennent : l'attribution coutumière, la lettre d'attribution, le permis d'habiter, le permis d'occuper, la concession urbaine d'habitation. Ces instruments juridiques accordent à leurs bénéficiaires un simple droit d'usage pouvant, après mise en valeur, être transformé en titre de propriété définitive.

Quant aux titres fonciers, ils comprennent : d'abord le titre foncier précaire assorti d'une clause résolutoire de mise en valeur empêchant toute disposition de la parcelle par son bénéficiaire. En réalité, il s'agit d'une propriété non absolue au sens de l'article 544 du Code civil français. Ensuite, il y a le titre foncier absolu composé de l'*usus*, du *fructus*, et de l'*abusus*.

Du droit romain au droit français, le droit de propriété est considéré comme fondamental et inhérent à la personne humaine, il est intangible et nul ne peut en être privé. La propriété tire sa source dans l'unicité de son titulaire. Le mot propriété vient de *proprius* qui signifie propre, sans partage<sup>9</sup>. Cette expression traduit l'appartenance exclusive de la chose à l'individu. Ce qui fera dire Mme Renaut que, « la propriété est la souveraineté complète et la domination exclusive d'une personne sur une chose corporelle »<sup>10</sup>. C'est l'article 544 du Code civil français qui établit le principe de la propriété absolue, c'est-à-dire individuelle, exclusive et perpétuelle. En effet, le Code civil dans son article 544 dispose que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ».

---

<sup>8</sup> F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil*, Les biens, 12<sup>ème</sup> éd. 2018, Précis Dalloz, p. 17.

<sup>9</sup> M.H. RENAUT, *Histoire du droit de la propriété*, ellipses, 2004, p. 33.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 46.

Les « résistances des sociétés africaines »<sup>11</sup> face à la politique d'assimilation du colonisateur ont contribué à une dualité de régimes juridiques relatifs aux terres au Mali. Il s'agit d'une part du droit foncier coutumier et d'autre part du droit foncier formel voire moderne.

Dans une définition large de la coutume, pour Lebrun, il s'agit d' : « une règle de droit non écrite née de faits déterminés qui, fournissant les garanties voulues, indique à l'homme de façon certaine comment il doit se comporter et la conduite qu'il doit observer dans ses rapports sociaux »<sup>12</sup>.

Pour Geny : « La formation d'un droit coutumier, suppose d'abord que, par une suite d'actes répétés, se soit établie une pratique constante concernant un rapport de la vie sociale (...) que la pratique d'où il résulte le constitue avec un caractère de nécessité, de façon à l'imposer »<sup>13</sup>.

Existe-t-il un droit coutumier du foncier malien ? Une synthèse des coutumes maliennes en matière foncière peut paraître à première vue assez chimérique eu égard à la diversité des populations qui vivent au Mali. D'ailleurs la jurisprudence malienne se perd entre la coutume et la religion des parties dans le contentieux successoral<sup>14</sup>. D'après M. Djire, quoi qu'il existe des traits communs aux diverses coutumes, les règles d'accès au foncier varient relativement compte tenu des « enjeux locaux et des spécificités socio historiques »<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> B. CAMARA, *Evolution des systèmes fonciers au Mali, Cas du bassin cotonnier de Mali sud*, Dakar, CODESRIA 2015, p. 1.

<sup>12</sup>A. LEBRUN, *La coutume ; ses sources, son autorité en droit privé. Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Paris, 1932, p. 220.

<sup>13</sup> F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positifs. Essai critique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1919, t. I, p. 320.

<sup>14</sup> La Cour suprême du Mali dans l'arrêt n°226 du 18 novembre 2002, Kola Amadou c/ Bouréïma Galo Bah affirme que : « La notion de coutume des parties s'entend plutôt de savoir si les parties sont de tradition musulmane, chrétienne etc. et non les coutumes particulières d'une région, d'une race, fraction, tribu ou famille. »

<sup>15</sup> Moussa DJIRE, *Investissement agricoles et acquisitions foncières au Mali : Tendances et études de cas*, 2014, p. 18.

Au Mali, il existe deux principaux systèmes de tenure foncière. Il s'agit d'une part des systèmes coutumiers et, d'autre part, du système formel, à savoir le droit écrit établi par l'Etat. L'accès des ruraux à la terre est souvent fondé sur la coutume. Dans ces zones, les droits fonciers coutumiers tirent leurs sources dans les traditions et en fonction de la façon dont les chefs locaux<sup>16</sup> attribuent les droits d'utilisation des terres aux membres du groupe. Ces droits d'accès peuvent faire suite à l'utilisation d'une terre pendant une longue période. Ils découlent souvent d'une occupation ancestrale et de l'utilisation ancienne d'une terre. Dans ces cas, la revendication des droits est fondée sur le fait que les ancêtres ont défriché le terrain et s'y sont installés<sup>17</sup>.

Les droits fonciers coutumiers ont été successivement ignorés, puis reconnus et enfin consacrés par le législateur malien. En effet, les différents codes domaniaux et fonciers<sup>18</sup> tout en faisant du titre foncier « l'unique preuve du droit de propriété foncière »<sup>19</sup> reconnaissent une valeur juridique aux droits coutumiers. D'où le pluralisme juridique dans le régime foncier malien. Toutefois, la pratique quotidienne semble occulter, voire mépriser le droit coutumier. Ce pluralisme juridique est à l'origine des conflits fonciers qui gangrènent la société

---

<sup>16</sup> A propos de l'autorité traditionnelle voir Moussa DJIRE in « Les ventes des terres et l'appropriation foncière au Mali : les pratiques foncières entre la tradition, le marché et les procédures légales » in Atelier « Access to Natural Resources and Sustainable Livelihoods » organisé par le Livelihoods Support Programme, FAO, Rome, 20-23 juin 2006, p. 5 à 6 ; voir aussi Sophia MAPPÀ in *Pouvoirs traditionnels et pouvoirs d'Etat en Afrique*, chapitre II : « Les pouvoirs traditionnels, le chef de village », p. 87 à 120, Karthala, 1998.

<sup>17</sup> B. CAMARA, *Evolution des systèmes fonciers au Mali*, préc., p. 108.

<sup>18</sup> Loi n° 82/122/ANPM du 4 février 1983, loi n° 86-91/AN-RM du 1<sup>er</sup> août 1986, ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domaniaux et foncier, modifiée et ratifiée par la loi n° 02-008 du 12 février 2002.

<sup>19</sup> M. DJIRE, « Immatriculation et appropriation foncière dans une zone péri-urbaine du Mali - Les avatars d'une procédure (nécessaire ?) » in Colloque international *Les frontières de la question foncière – At the frontier of land issues*, Montpellier, 2006, p. 4.

maliennne. Les villageois, les familles et même l'Etat se trouvent au centre de ces conflits. Les tribunaux maliens, par l'incohérence et la contradiction de leurs solutions jurisprudentielles, « contribuent eux-mêmes à générer du contentieux et de l'insécurité »<sup>20</sup>.

Y a-t-il une impasse entre le droit coutumier et le droit formel dans le cadre de l'appropriation foncière ? Selon le dictionnaire *Larousse* : « l'impasse est une situation inextricable, dont les protagonistes ne peuvent plus se sortir. »<sup>21</sup> Pour le *Littré*, c'est une situation qui paraît n'offrir aucune issue favorable<sup>22</sup>. Alors, être dans une impasse, c'est être dans une situation qui n'a point d'issue favorable.

Cet article examine l'évolution des concepts juridiques-droit de propriété et droit coutumier- en s'appuyant sur des moments clefs de l'histoire de la propriété foncière au Mali. Il décrit, interprète et s'interroge sur les enjeux juridiques face à l'appropriation foncière de nos jours au Mali.

Il convient d'abord d'examiner la réglementation plurielle de l'appropriation foncière au Mali (I) avant d'en relever l'impasse dans laquelle se trouve cette réglementation plurielle (II).

## **I. Une réglementation plurielle de l'appropriation foncière**

Le droit foncier malien est caractérisé par la coexistence de deux régimes. Le premier est traditionnel et trouve ses origines dans les coutumes locales. Le second, formel ou moderne a été introduit par la colonisation et trouve son origine dans les lois et règlements.

### **A. Les origines de la tenure coutumière du sol**

Le droit foncier coutumier découle du fait que c'est un droit sacré, communautaire et inaliénable.

---

<sup>20</sup> B. SOW, *Droits fonciers urbains au Mali*, Grandvaux, 2016, p. 132.

<sup>21</sup> *Dictionnaire Maxipoche Larousse* 2022.

<sup>22</sup> *Dictionnaire de la langue française Littré* 2020.

1. *La sacralité de la terre*<sup>23</sup>

La terre, considérée comme divinité, ou un génie, selon SENGHOR, est entourée de toute une vision sacramentelle<sup>24</sup>. Ces attributs mythologiques de la terre ont créé, depuis la nuit des temps, des liens quasi-religieux entre elle et les communautés. Jetant un regard connaisseur sur les pratiques rituelles, le professeur Camara<sup>25</sup> retient qu'elles jouent un rôle sacro-saint dans les relations entre l'homme et l'invisible. Dans les zones *banmana*<sup>26</sup> poursuit l'auteur, le premier occupant devait « pactiser » avec les génies des lieux en vue de son installation.

Ainsi l'accomplissement des rituels consacrait-il un « véritable contrat » devant réguler l'exploitation par l'homme de l'espace territorial du génie. Du fait des clauses de ce contrat, d'une part, le génie assurait la protection des occupants de son territoire, instituant le « génie protecteur du village » (*dugu dasiri*). D'autre part il y avait le « grand prêtre du génie » chargé de « faire les offrandes »<sup>27</sup> qu'exige le culte.

C'est à juste titre que Monteleone parle d'une « obligation de sincérité et du principe de la bonne foi »<sup>28</sup> découlant de l'octroi du droit d'installation aux nouveaux venus. Aussi ce chef coutumier administre-t-il l'espace terrestre du génie (cf. son appellation *dugu tiguï ou dugu kolo tiguï* « maître de la terre »). Pour les *banmana*, seul le génie des terres conserve leur propriété. En conséquence toute forme d'établissement (conquête, découverte, ou négociation) sur la terre devrait préalablement être soumise à des rites visant l'harmonie entre les « forces visible et invisibles ».

---

<sup>23</sup> Voir à ce propos Grégoire MADJARAN, *L'invention de la propriété, de la terre sacrée à la société marchande*, L'Harmattan, 1991.

<sup>24</sup> J.N. NEUVILLE, *Léopold Sédar Senghor : De la tradition à l'universalisme* », Le Seuil, 1988, p. 228.

<sup>25</sup> B. CAMARA, *Evolution des systèmes fonciers au Mali*, préc., p. 111.

<sup>26</sup> Une ethnie au Mali mais aussi une aire géographique.

<sup>27</sup> Le cola ou le poulet étaient utilisés comme offrande divinatoires.

<sup>28</sup> M. MONTELEONE, *Le culte de la terre au pays Dogon (Mali) Entre coutumes foncières et décentralisation*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 50.

Indépendamment de cet aspect, les cérémonies religieuses avaient d'autres caractéristiques liées à l'agriculture. En effet chez les *Banmana*, au début de chaque hivernage, il fallait implorer la clémence des « esprits » pour la réussite des opérations agricoles. Chez les *dogon*, il s'agit non seulement d'assurer la légitimité de l'exploitation clanique d'un territoire (*binou*) mais aussi de laver les *impuretés*<sup>29</sup> posées sur la terre : « On accomplit un cérémonial particulier, en l'honneur de la terre, sur le lieu contaminé. »<sup>30</sup>

Nuançant cette assertion, M. Camara relève que, dans les zones office du Niger ces pratiques juridiques coutumières ne sont plus d'actualité car depuis 1930, le colonisateur a procédé au repeuplement de la zone<sup>31</sup>. En revanche, dans les zones cotonnières, la pratique rituelle des terres par les premiers occupants demeure de rigueur<sup>32</sup>. Dans tous les cas, la terre n'appartenait à personne, elle appartient à Dieu, aux Dieux ou aux « génies ».

## 2. L'impossibilité d'appropriation individuelle par les hommes

Peut-on s'approprier une divinité ? Une réponse négative s'impose. En effet, les droits fonciers au Mali sont avant tout des droits communautaires. L'individu ou le groupe n'est qu'un simple gérant du patrimoine communautaire. Les Dogons utilisent, d'après M. Monteleone, l'expression « domaine foncier » pour désigner le fait qu'« un clan est le titulaire légitime d'un territoire donné »<sup>33</sup>. Dès lors, la tenure coutumière se caractérise par l'exercice collectif du droit d'usage. La terre appartenait à un clan, une tribu, un lignage dont le chef assurait la gestion au nom et pour le compte de la communauté. La gestion du sol relevant de ce chef traditionnel sus évoqué, elle était

---

<sup>29</sup> Ces impuretés concernaient entre autres : l'homicide et l'adultère dans la brousse.

<sup>30</sup> Marcello MONTELEONE, *idem*, p. 48.

<sup>31</sup> L'Office du Niger est un titre foncier et toutes les populations de cette région du bassin du fleuve ont été expropriées ou réinstallées entre 1932 et 1947.

<sup>32</sup> L'auteur illustre par le cas du village de N'pessoba dans le cercle de Koutiala.

<sup>33</sup> M. MONTELEONE, *Le culte de la terre au pays dogon, op. cit.*, p. 24.



de toute évidence initiée aux mystères de la tenure.

La chefferie est détenue par le descendant du premier occupant qui exerce, dans certains cas, trois fonctions : chef de village, chef des terres, chef de la brousse. De nos jours, on trouve dans certaines contrées du Mali des chefs de village, mais aussi des chefs de terres. C'est le cas du village de *Kangaba*<sup>34</sup> avec les Keita comme chef de village (*dugutigui*), et les Camara maîtres des terres (*dugukolotigui*).

Roger Doublier a brillamment exposé cette caractéristique du droit coutumier : « La terre est considérée comme une divinité. Elle s'appartient à elle-même et, par conséquent, n'appartient à personne. Aussi, nul individu, fût-il le plus grand du monde, nulle collectivité ne peut exercer ni requérir sur la terre un droit de propriété réelle. Le chef de la collectivité procède aux sacrifices annuels, aux rites saisonniers. Il effectue le lotissement entre les différentes familles, autorise les chômeurs à s'établir sur la terre, en un mot, intervient chaque fois qu'il est question de toucher à la terre dont il a la garde. Mais il n'en est pas propriétaire. »<sup>35</sup> A n'en point douter, pour Jean-Louis Sagot-Duvaurox « la propriété à la romaine est une des colonnes vertébrales de l'aventure impériale de l'Occident »<sup>36</sup> en Afrique. C'est pourquoi, il n'existe pas de mot équivalent, de terme superposable au mot français « propriété » dans les langues du Manden (l'inverse non plus). De là découle la troisième caractéristique de la tenure coutumière, à savoir l'inaliénabilité du sol.

### 3. L'inaliénabilité de la terre<sup>37</sup>

S'écartant du fétichisme de l'écrit, la tenure coutumière du sol ne s'apparente à aucune notion latine du droit de propriété et ses

---

<sup>34</sup> Kangaba est à 80 km de Bamako, c'est une zone mandingue.

<sup>35</sup> Cité par J. BOISSIER, « Le chef de la terre en pays Sénoufo », *Outre-Mer, revue générale de colonisation*, 7<sup>e</sup> année, n° 4, Paris, décembre 1935, p. 251-266.

<sup>36</sup> <https://jlsagotduvaurox.wordpress.com/2017/11/12/tigiya-vs-propriete-feconde-empoignade-entre-les-langues-francaise-et-bamanan1/>

<sup>37</sup> L'inaliénabilité était considérée comme une garantie pour la pérennisation de son caractère communautaire.

démembrements. Contrairement au code Napoléon<sup>38</sup>, la propriété - dans le droit traditionnel africain- n'implique en aucune façon le droit d'aliéner la chose. L'inaliénabilité des droits fonciers, écrit M. Delafosse, « est un principe tellement enraciné dans l'esprit des nègres, qu'à leurs yeux la conquête d'une région n'entraîne nullement l'acquisition de droits quelconques sur le sol de cette région et les conquérants les moins alourdis de scrupules ont généralement respecté cette loi »<sup>39</sup>.

Platon disait : « Tu ne pourras léguer tes biens à qui tu veux, par la raison que tes biens appartiennent à ta famille, c'est-à-dire à tes ancêtres et à tes descendants. »<sup>40</sup> S'inspirant de cette vision, la réplique du chef des *Kouloum*, Balé Siaka (en Guinée) au gouverneur colonial -qui le pressait de vendre des terres aux négociants français- est restée mémorable : « Les terrains en question ne m'appartiennent pas. Ma situation de chef ne me permet pas d'en disposer et je préfère la mort plutôt que de consentir à un acte qui déshonorerait ma mémoire. »<sup>41</sup> Inutile de rappeler que l'exercice de ces droits coutumiers sur la terre allait heurter les objectifs de la conquête coloniale (*infra*).

### ***B. L'insertion du droit coutumier dans le droit formel***

L'insertion du droit coutumier foncier dans le droit formel a été opérée grâce à sa reconnaissance par ce dernier. En effet, toutes les législations successives du Mali de la colonisation à ce jour ont reconnu les droits fonciers coutumiers comme étant de simples droits d'usage et d'usufruit.

---

<sup>38</sup> L'art. 544 du Code civil qui dispose que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

<sup>39</sup> M. DELAFOSSE, *Les Nègres*, Paris, 1927, p. 44.

<sup>40</sup> *Lois*, cité par FUSTEL DE COULANGES, « Le problème des origines de la propriété foncière », in *Revue des questions historiques*, 23<sup>e</sup> année, nouv. série, t. I, Paris, 1889, p. 402 et s.

<sup>41</sup> Cité par P. REY, « Droit foncier, quelles perspectives pour la Guinée ? Réflexion sur la réforme foncière à partir de l'exemple de la Guinée maritime », *Annales de géographie*, 2011/3, n° 679, p. 298-319.

1. *De la période coloniale...*

Le colonisateur, « en tolérant ou en marginalisant le droit coutumier, ne s'est jamais préoccupé du respect des us et de l'identité culturelle des indigènes »<sup>42</sup>. Animé d'une volonté de s'accaparer des terres « indigènes »<sup>43</sup> à des fins économiques, il a élaboré des textes juridiques « taillés sur mesure ». Toutefois, l'exercice de droits coutumiers sur ces terres allait heurter les objectifs de la conquête coloniale. De ce fait, le colonisateur « a dû faire preuve de fertilité d'esprit »<sup>44</sup> pour s'accommoder avec le système traditionnel. D'où le double jeu du colonisateur : tantôt, il chercha à tirer profit de la coutume, tantôt il l'a franchement combattue. D'abord, en empruntant à la coutume, l'arrêté du 28 février 1862 « interdisait aux indigènes, sous peine d'exclusion, la vente des terres dont ils ont la possession ». Ensuite, il a été fait application de la théorie du « domaine éminent de l'Etat » pour rendre la métropole véritable propriétaire des terres, avec pour conséquence fondamentale la négociation -voire la récusation- des prérogatives des chefs coutumiers.

Une kyrielle de décisions judiciaires, notamment les arrêts de la Cour d'appel de l'AOF<sup>45</sup> en date du 8 février 1907 et du 1<sup>er</sup> mars 1907 ont conforté cette dépossession des colonisés. L'affaire du Cayor<sup>46</sup> - jurisprudence ayant reçu application dans toutes les colonies- illustre l'étouffement des droits coutumiers. Le *hiatus* entre ces textes et la réalité africaine conduisit le blanc à instaurer « une procédure de constatation et d'établissement des droits fonciers coutumier » par le

---

<sup>42</sup> M. MONTELEONE, *Le culte de la terre au pays Dogon*, op. cit, p. 23.

<sup>43</sup> M. DJIRE, *Immatriculation et appropriation foncière dans une zone péri-urbaine du Mali - Les avatars d'une procédure (nécessaire ?)* préc., p. 3.

<sup>44</sup> Entretien avec Moussa Doumbia, ancien magistrat, avocat au barreau malien à Bamako en juin en 2016.

<sup>45</sup> Afrique occidentale française ayant sa capitale à Dakar.

<sup>46</sup> Au Sénégal, traité conclu avec le damel du Cayor le 1er janvier 1861, qui cédait à l'Etat français « en toute propriété » des terres sur lesquelles le souverain maître de la terre ne possédait en fait qu'un pouvoir de gestion.

truchement du décret du 8 mai 1925<sup>47</sup>. Enfin, *les fameux décret*<sup>48</sup> de 1955<sup>49</sup> et 1956 consacraient définitivement la reconnaissance des droits coutumiers avec possibilité d'immatriculation. En instituant, à la veille de l'indépendance, la procédure d'immatriculation, le colonisateur a favorisé la tenure individuelle.

## 2. Aux hésitations de l'indépendance

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le Mali socialiste n'a jamais abrogé les textes coloniaux ; les dispositions du Code civil français relatives à la propriété sont demeurées applicables. Dès 1959, l'Assemblée législative<sup>50</sup> organisait une procédure d'expropriation administrative qui ne prévoyait point d'indemnisation obligatoire des occupants. Maître Doumbia qualifie cette procédure de « réquisition et non une expropriation *stricto sensu*. »<sup>51</sup> En vue d'une urbanisation conséquente de la capitale, la loi n° 61-29 ANRM du 20 janvier 1961 obligeait les titulaires de titre foncier de démolir les réalisations en banco pour des constructions en matériaux durables sous peine de retrait du titre sans indemnité<sup>52</sup>. La loi n° 61-30 ANRM du 20 janvier 1961 a réglementé les terrains immatriculés et abandonnés. Leur abandon *pendant dix ans* entraînait la déclaration du terrain comme *vacant et son incorporation au domaine de l'Etat* par décret pris en conseil des ministres. Le transfert de propriété des titres fonciers fut régi par le décret n° 41 bis PG-RM du 26 janvier 1961.

Ces différents textes feront l'objet de réaménagement après le coup d'Etat de 1968 par de nouvelles réglementations, notamment le décret n° 134 PG-RM du 30 juillet 1975 par lequel le contrôle étatique des opérations foncières était confié au ministre des Finances. L'ordonnance n° 27 CMLN du 31 juillet 1974 est venue imposer des

---

<sup>47</sup> Le but inavoué de ce décret concernait la publicité des droits réels déjà existant.

<sup>48</sup> Selon Maître Moussa Doumbia, entretien, préc.

<sup>49</sup> Décret n° 55-580 du 20 mai 1955.

<sup>50</sup> Loi n° 59-2 du 22 janvier 1959.

<sup>51</sup> Entretien avec Me Doumbia, *idem*.

<sup>52</sup> Cette mesure est tombée en désuétude sans connaître une quelconque exécution d'après Me Doumbia.

conditions drastiques aux propriétaires fonciers et a redéfini le concept de terrain vacant. Du survol de ces textes, il ressort clairement, qu'il est fait peu de cas des vastes étendues de terre sur lesquelles s'exercent les droits coutumiers. Il va falloir attendre le CDF (Code domanial et foncier) pour gérer de façon globale les différents aspects de la tenure du sol au Mali. Toute chose qui engendrera une certaine impasse.

## **II. Une impasse à la réglementation plurielle de l'appropriation foncière**

Si au départ, le système formel s'est fondu dans les pratiques locales, il va, par la suite, considérer que ces coutumes ne peuvent pas coexister avec les institutions d'un Etat moderne. Ainsi, dans la pratique les droits fonciers coutumiers ont été mal protégés, avant d'être consacrés par la dernière loi foncière. Même, après avoir posé le principe de reconnaissance du droit foncier coutumier, le CDF se perdait dans des ambiguïtés.

### ***A. D'une faible protection des droits coutumiers...***

La protection des détenteurs de droits coutumiers est garantie par l'article 43 du CDF : « *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.* »<sup>53</sup> Une chose est d'affirmer un droit, une autre en est d'assurer sa protection et sa sauvegarde. Les anciens CDF, à travers une série d'ambiguïtés, n'ont pas répondu à cette attente<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Le ministre des Domaines et des Affaires foncières Mohamed BATHILY au cours de son interpellation à l'Assemblée nationale courant mai 2016, estima que cet article est le pendant de l'article 13 de la Constitution du Mali qui précise que « le droit de propriété est garanti. »

<sup>54</sup> « Le but essentiel de toute codification est d'atténuer les discordes, d'apaiser les querelles privées et d'établir la quiétude sociale pour la pérennité de l'Etat. » in Entretien avec Me Moussa Doumbia, *op. cit.*

1. *La négation des prérogatives des chefs coutumiers*

La première ambiguïté est visible dans les prérogatives des chefs coutumiers. Tout en leur reconnaissant le droit de gérer les terres, le Code de 2000 ajoutait « qu'ils ne peuvent en aucun cas se prévaloir de leurs fonctions pour revendiquer d'autres droits sur le sol que ceux résultant de leur exploitation personnelle »<sup>55</sup>. Il s'agit là d'une « amputation » desdits droits. Ainsi, un chef coutumier ne peut défendre contre toute occupation étrangère les droits sur les terres censées comprises dans sa zone. Se pose la question de la qualité pour ester en justice afin de défendre un droit coutumier collectif. Les autorités traditionnelles n'ont plus leur mot à dire sur la gestion de leur terroir. C'est dire que pour Etienne Leroy, l'Etat maintient son « monopole »<sup>56</sup> en procédant à une définition unilatérale des règles du système en dehors des autres partenaires.

En réalité, seules sont acquises à l'exercice des droits coutumiers les terres non immatriculées « dont l'Etat n'a pas besoin ». De ce fait, les droits légitimes selon les logiques sociales du territoire n'ont pas de « reconnaissance juridique véritable »<sup>57</sup>. Conséquemment, les ruraux qui utilisent les terres non immatriculées sont maintenus dans une *situation d'illégalité permanente et d'insécurité juridique*. C'était regrettable que le législateur se soit montré aussi hésitant entre l'adoption de la théorie du domaine éminent de l'Etat et la consécration des pouvoirs des chefs traditionnels.

2. *Les difficultés probatoires du droit coutumier*

La reconnaissance des droits fonciers coutumiers était inachevée. En effet, il ressortait de l'article 44 CDF que la reconnaissance des droits coutumiers reste conditionnée à « une enquête publique et

---

<sup>55</sup> Art. 44 *in fine*.

<sup>56</sup> E. LEROY, in *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, Karthala, 1991, p. 18. Selon cet auteur « les politiques foncières en Afrique sont conçues autour de systèmes institutionnels et constitutionnels privilégiant le centralisme, l'informaté... Ce qui justifie le monopole de l'Etat, de la Nation, du Peuple sur une très partie ou la totalité des terres du territoire national. »

<sup>57</sup> Il faut relever que la plus grande partie du territoire national malien est gérée par les droits fonciers coutumiers.

contradictoire donnant lieu à la délivrance d'un titre opposable aux tiers ». Malheureusement les « formes et conditions » de ladite procédure sont fixées par décret pris en conseil des ministres ; un tel décret n'a jamais vu le jour. Bien plus, la procédure qui devrait se dérouler devant une « commission de conciliation dont la composition, les attributions et les modalités de fonctionnement » sont fixées par décret pris en Conseil des ministres, n'a jamais été instituée<sup>58</sup>. L'incomplétude législative atteignait son paroxysme, s'agissant des droits coutumiers, quand le CDF ne prévoit que leur transformation en droit de concession rurale. De tout ce qui précède, il était impossible de faire constater un quelconque droit coutumier ; cela rendait fort ardue la preuve coutumière et l'indemnisation des détenteurs.

### 3. L'impossibilité d'indemnisation

La problématique des investissements agricoles entraînant l'acquisition des droits de propriété ou d'exploitation sur des terres en Afrique est d'un enjeu capital. Pour un pays comme le Mali, si la mobilisation des investisseurs agricoles offre de belles opportunités, cependant, elle n'est pas sans risque pour les producteurs locaux. Dans son étude, le professeur Djire<sup>59</sup> consacre de nombreuses pages sur les investissements agricoles à l'Office du Niger<sup>60</sup> devenu une « cible privilégiée » des partenaires au développement, des investisseurs nationaux et étrangers. Parmi les partenaires au développement l'auteur cite : la CEN-SAD<sup>61</sup>, l'UEMOA<sup>62</sup>, la SFI<sup>63</sup>, le

---

<sup>58</sup> M. DIARRA in « Lutte contre l'enrichissement illicite : l'absence des décrets d'application cache mal le manque de volonté politique », par Assane KONE sur le site du journal *Nation*, <http://notrenation.com> du jeudi janvier 2015.

<sup>59</sup> M. DJIRE, *Investissements agricoles et acquisitions foncières au Mali : Tendances et études de cas*, IIED/GERSDA, Londres/Bamako, 2012, p. 28.

<sup>60</sup> Créé en 1932 dans le delta intérieur du Niger et destinée à devenir le principal fournisseur des industries textiles de la France coloniale, le grenier à riz de l'Afrique de l'Ouest.

<sup>61</sup> Communauté des Etats sahélo-sahariens.

MCA<sup>64</sup>.

Parmi les investisseurs privés on retient d'abord, les détenteurs de fonds souverains comme la société libyenne Malibya. Ensuite, il y a des groupes industriels multinationaux comme les investisseurs chinois Sokala et N-Sukala. Enfin, il y a les groupes industriels nationaux notamment le groupe Tomota, Société GDCM-SA. Il y a lieu de relever que tous ces investisseurs interviennent à travers une « convention d'investissement » qui les engage avec l'Etat. Les attributions foncières à ces investisseurs portent essentiellement sur des terres non aménagées faisant l'objet d'appropriation coutumière. C'est pourquoi il n'est guère surprenant que l'arrivée des investisseurs privés sur ces terres soulève très souvent de vives tensions entre ces investisseurs et les populations locales<sup>65</sup>.

Le président du Syndicat des exploitants agricoles de l'Office du Niger (SEXAGON) nous confia que : « la direction de l'office du Niger, au mépris des droits coutumiers existants, a accordé des baux emphytéotiques à des soi-disant investisseurs au détriment de la population locale »<sup>66</sup>. Si les terres des ruraux ont été concédées aux investisseurs, il fallait néanmoins les indemniser conformément à l'article 43 alinéa 2 du CDF : « 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. »

Aujourd'hui la « bête noire » des investisseurs est le paiement d'indemnités aux populations spoliées. M. Djire<sup>67</sup> recense une série de

---

<sup>62</sup> Union économique et monétaire ouest africaine.

<sup>63</sup> Société financière internationale.

<sup>64</sup> Millennium Challenge Account, financé par les Etats -Unis.

<sup>65</sup> Lors d'un meeting de défense des populations spoliées de leurs terres tenu le samedi 9 avril 2016 à Marakoungo (dans la région de Ségou) le ministre des Domaines de l'Etat et des Affaires foncières déclarait que « 90% des titres fonciers étaient attribués aux commerçants et aux hauts cadres, 4 % seulement aux paysans. Dans ce sens voir Me Boubacar SOW, *Droits fonciers urbains au Mali, op. cit.*, p.17.

<sup>66</sup> Entretien avec M. Aboubacar Kodjo à Ndébougou le 4 août 2016.

<sup>67</sup> M. DJIRE, « Immatriculation dans une zone périurbaine du Mali. Les avatars d'une procédure nécessaire ?) » *in* colloque international *Les*



situations préjudiciables aux villageois. Ainsi, le groupe Tomota, N-Sukala et Malibya ont défriché plus de 1 400 hectares dont une partie était utilisée par les villageois à des fins d'élevage, de collecte de bois de feu et de cultures céréalières. Ils ont déclaré n'avoir reçu aucune indemnisation. La même pratique arbitraire s'est répétée dans la zone de *Sanamandougou* où les villageois se sont opposés au projet M3 SA, avant de se résigner après des affrontements avec les forces de l'ordre, suivis d'arrestation<sup>68</sup>. Le problème, qui reste entier, porte sur la promesse faite par l'Etat de mettre à la disposition des investisseurs « des terres libres de toutes entraves judiciaires et de droits fonciers » et sa capacité à le réaliser. De tout ce qui précède des voix s'élèvent<sup>69</sup> pour exiger une relecture du CDF de 2000.

### ***B. Vers une protection accrue des droits coutumiers fonciers***

Cadre juridique dans lequel se meuvent les acteurs de la gestion domaniale et foncière, le CDF (code domaniale et foncier) est par excellence l'outil de gestion de la terre et l'instrument politique servant de réceptacle à la vision du gouvernement dans ses options de développement socio-économique du pays. Le CDF définit les relations qu'entretiennent l'Etat, les collectivités territoriales et les populations à la terre. Il détermine les modes de constitution, de transmission et d'extinction de la propriété foncière, de même que les modes de transformation.

De l'indépendance à nos jours (62 ans), le Mali aura connu principalement deux (3) codes domaniaux et fonciers. Le texte intervenu en 1983<sup>70</sup> était -d'après M. Ousmane Traoré- « caractérisé

---

*frontières de la question foncière-Art the frontier of land Issues Montpellier 2006, p. 8.*

<sup>68</sup> Dans le même sens, le journal *L'essor* n° 17941 du jeudi 4 juin 2015, p.7 in « L'accaparement des terres : La CMAT en sit-in ». Voir aussi *L'Indépendant* n° 3759 du vendredi 5 juin 2015, p. 3, in « L'accaparement des terres, l'expropriation et l'injustice foncière : une marche avortée hier par les autorités compétentes ».

<sup>69</sup> Gouvernement et société civile. C'était d'ailleurs la principale recommandation des Etats généraux du foncier tenus en 2009.

<sup>70</sup> Loi n° 82/122/ANPM du 4 février 1983.

par sa brièveté dans le temps et surtout par son inapplication »<sup>71</sup>. Le véritable premier Code domanial et foncier, œuvre de la deuxième République en 1986, a eu le mérite d'avoir rassemblé les textes épars dans un Code unique<sup>72</sup>. Le deuxième Code domanial et foncier intervenu en 2000<sup>73</sup>. Le tout dernier Code, l'ordonnance n° 2020-014/PT-RM du 24 décembre 2020 intervient dans un contexte marqué par des difficultés, dont les principales sont liées à la **multiplicité des acteurs et des actes de propriété**, au non-respect par certains acteurs de leurs domaines de compétence, à l'occupation anarchique du domaine de l'Etat.

Ainsi, cette ordonnance et ses textes d'application<sup>74</sup>, qui participent de la mise en œuvre des recommandations des Etats généraux du foncier<sup>75</sup>, ont été adoptés dans le cadre de la réforme domaniale et foncière engagée par le gouvernement du Mali dont **l'objectif principal est de refonder les rapports sociaux en vue d'asseoir la paix et la stabilité sociales**, de mettre la terre au service du développement, d'appuyer la bonne gouvernance de l'Etat et de lutter contre la spéculation foncière et l'accaparement des terres. Tout d'abord, il faut noter que le nouveau texte en l'occurrence l'ordonnance n° 2020-014/PT-RM du 24 décembre 2020, consacre désormais une loi domaniale et foncière en lieu et place du Code

---

<sup>71</sup> Dr Ousmane TRAORE, in « Application des dispositions de l'article 79 relatives aux commissions foncières », Séminaire du ministère de l'Agriculture février 2007.

<sup>72</sup> Loi n° 86-91/AN-RM du 1<sup>er</sup> août 1986 portant Code domanial et foncier.

<sup>73</sup> Ordonnance n° 00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier, modifiée et ratifiée par la loi n° 02-008 du 12 février 2002.

<sup>74</sup> Il s'agit de trois décrets : décret n° 2020-0412PT-RM du 31 décembre 2020 déterminant les conditions et formes de gestion des terrains des domaines publics immobiliers de l'Etat et des collectivités territoriales ; décret n° 2020-0413PT-RM du 31 décembre 2020 déterminant les conditions d'attribution des terrains des domaines privés immobiliers de l'Etat ; décret n° 2020-0414PT-RM du 31 décembre 2020 déterminant les conditions d'attribution des terres du domaine privé immobiliers des collectivités territoriales

<sup>75</sup> *Supra*.

domanial et Foncier<sup>76</sup>. Elle apporte une trentaine d'innovations<sup>77</sup>. Nous exposerons les cinq majeures.

*1. La suppression de la concession rurale des modes d'attribution des terrains du domaine privé immobilier de l'Etat*

Les concessions rurales qui, jadis, étaient attribuées par les autorités administratives (sous-préfet, préfet, gouverneur...) sont supprimées en tant que mode d'attribution du domaine privé immobilier de l'Etat. Les concessions rurales sont attribuées sur des terrains à vocation agro-sylvo-pastorales, c'est-à-dire, les terres agricoles. Ces terres sont prises en charge par la loi sur le foncier agricole. Ainsi, dans un souci de cohérence avec ladite loi, les concessions rurales ont été supprimées par la loi domaniale et foncière. **Désormais, ce sont les autorités coutumières locales qui décident de la gestion de leurs terres agricoles.**

*2. La possibilité de transformer l'attestation de possession foncière ou de détention de droits fonciers coutumiers dûment établis en titre foncier*

Les attestations de possession et/ou de détention prévues par la loi sur le foncier Agricole peuvent être transformées en titre foncier au sens de l'article 114 de la loi domaniale et foncière. Cela permet de garantir et de protéger les propriétés foncières des paysans, par l'octroi de titres fonciers relatifs à leurs terres agricoles.

*3. L'interdiction de la thésaurisation de la terre aux fins de spéculation pour les terres à usage d'habitation*

L'accaparement des terres à des fins spéculatives est prohibée par les dispositions de l'article 57 de cette loi, interdisant l'attribution de plus d'une parcelle de terrain à usage d'habitation à un même individu. L'attribution peut porter exceptionnellement sur deux

---

<sup>76</sup> L'ordonnance a été ratifiée par le parlement malien (CNT) le 30 septembre 2021.

<sup>77</sup> Pour les détails de ces innovation, voir le journal *Les Echos* n° 5604 du 6 octobre 2021 p. 5 « Adoption de la nouvelle loi domaniale par le CNT : Un regain d'efficacité contre la spéculation foncière ».

terrains à usage d'habitation dans la même opération d'urbanisme, lorsque lesdits terrains sont contigus et qu'une nécessité le justifie, mais pas plus. Avant cette loi, on a vu certains maires ou membres de conseil communal s'octroyer tous les terrains dans le seul but de les vendre plus cher aux mêmes populations de la commune<sup>78</sup>. La nouvelle loi met fin à cette pratique.

*4. Le renforcement et l'adaptation de la publicité foncière aux réalités socioculturelles à travers l'introduction de tous les moyens modernes et coutumiers d'information*

L'article 120 prévoit de recourir aux moyens modernes et coutumiers d'information en matière d'immatriculation. Ainsi, *les chefs de village, de quartier ou de fraction seront directement impliqués dans toutes les procédures d'attribution de terrains situés dans leur ressort*. Ce qui légitimera davantage les propriétés foncières et permettra d'éviter les spoliations des terres villageoises et autres.

*5. L'introduction de la notion de régularité dans les procédures de création du titre foncier afin qu'il soit juridiquement valide*

Fallait-il continuer à affirmer la primauté d'un titre foncier<sup>79</sup> malgré ses conditions d'établissement frauduleuses<sup>80</sup> ? La nouvelle loi apporte une réponse négative. Désormais le titre foncier ne vaut que si les procédures sont respectées. Tout titre irrégulier peut faire l'objet de la censure du Tribunal administratif<sup>81</sup> et les auteurs et leurs

---

<sup>78</sup> Dans ce sens voir B. SOW, *Problématique de la gestion des terres par les collectivités locales au Mali : Cas de la commune de Bougouni*, Mémoire de DEA, Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2008. Également le journal *InfoMatin* dans sa parution n° 353 du 08-07-1999 p. 3, parlait de « guerre de clans à la mairie de la commune I » et de « gâteau domanial qui divise ».

<sup>79</sup> L'article 169 du CDF dispose : « 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. »

<sup>80</sup> Me DOUMBIA nous a confié avoir défendu en 2016 un dossier d'une valeur de 100 millions. Il s'agissait d'une même et seule parcelle de terrain sur laquelle quatre titres foncières sont superposés.

<sup>81</sup> Article 143 de la nouvelle loi.

complices seront sanctionnés. Ainsi, le principe de l'inattaquabilité du titre foncier, bien que réaffirmé, ne couvre pas les cas de titres fonciers irrégulièrement créés, qui peuvent être attaqués et annulés<sup>82</sup>. Ainsi, les détenteurs de droits coutumiers fonciers auront dorénavant un moyen de défense de leurs terres contre les principaux acteurs de la spéculation foncière.

\*

\*\*

La plupart des États africains francophones ayant connu la colonisation française continuent d'appliquer la définition adoptée par le Code civil français de 1804 relative au droit de propriété. Or la notion de propriété peut varier d'un pays à un autre. Il est temps que le législateur africain se libère de cette tutelle juridique en tenant compte de la réalité socio-économique africaine pour légiférer. L'histoire récente montre que l'ignorance ou le mépris de la tradition et de son système de régulation sociale compromet les réformes sociales engagées par l'action publique car elle n'a pas l'adhésion de la société. Si plusieurs tentatives de sauvegarde et de sécurisation du droit foncier coutumier ont échoué depuis l'époque coloniale, les réformes récentes notamment la dernière loi domaniale et foncière de 2020, présente un gage d'espoir. Elle essaie de réduire le décalage entre lois et pratiques, de sécuriser les détenteurs de droits coutumiers fonciers et de mieux gérer les conflits fonciers afin d'atteindre ce pluralisme juridique dont « l'Afrique est la meilleure dépositaire »<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> C'était un vœu ardent de Me Boubacar SOW, *Droit fonciers urbains au Mali*, *op. cit.*, p. 176 à 204.

<sup>83</sup> S. TRAORE, « Préface », *op. cit.*



## LE JUGE ET L'INTERÊT DE L'ENFANT EN DROIT IVOIRIEN »

---

**Kouassi Serge Eric GNAKRI,**  
**assistant à l'UFR de sciences juridique,**  
**administrative et de gestion de l'Université**  
**Alassane Ouattara de Bouaké (République de Côte d'Ivoire)**

**Résumé :** *La grande vague de réforme des lois civiles ivoiriennes intervenue en 2019 a marqué une consécration plus étendue de « l'intérêt de l'enfant » comme principe directeur des choix décisionnels des parents, mais également, de toutes les autorités investies par la loi à l'effet d'assurer la protection de l'enfant en droit ivoirien. Cette étude intitulé « le juge et l'intérêt de l'enfant en droit ivoirien » se propose donc de porter un regard critique relativement à la perception qu'a le juge ivoirien sur le concept de l'intérêt de l'enfant au-delà même des débats que continue de susciter le sujet de l'intérêt de l'enfant relativement à sa définition ou à son contenu.*

*Cette réflexion se propose donc de révéler sous deux axes, la position des juges ivoiriens (le juge des affaires matrimoniales et le juge des tutelles), pour ce qui est de l'utilisation qu'il fait du principe de l'intérêt de l'enfant chaque fois qu'il est invité à intervenir dans les actions des parents eu égard à leurs enfants, ou dans les rapports personnels des parents qui puissent avoir une influence certaine sur la vie personnelle et matérielle de leurs enfants mineurs.*

**Mots clés :** *Le juge, intérêt de l'enfant, Droit ivoirien de la famille*

**Abstract :** *The great wave of reforms of Ivorian civil laws that took place in 2019 marked a wider recognition of the « best interests of the child » as the guiding principle of the decision-making choices of parents, but also of all the authorities vested in the law. in order to ensure the protection of the child under Ivorian law. This study entitled « the judge and the interests of the*

*child in Ivorian law » therefore proposes to take a critical look at the perception that the Ivorian judge has on the concept of the best interests of the child in - even beyond the debates that the subject of the interest of the child continues to arouse in relation to its definition or its content.*

*This reflection therefore proposes to reveal under two axes, the position of Ivorian judges (the judge of matrimonial matters and the judge of guardianship), with regard to the use he makes of the principle of the interest of the child whenever he is invited to intervene in the actions of the parents with regard to their children, or in the personal relationships of the parents which may have an influence on the personal and material life of their minor children.*

**Keywords :** *The judge, best interests of the child, Ivorian family law.*

S'il est une personne en droit en général et spécifiquement en droit des personnes et de la famille qui fait l'objet d'une protection particulière, c'est bien l'enfant. Tantôt évoqué sous le vocable « l'enfant », tantôt sous le terme « le mineur » et plus souvent, sous l'expression « le mineur non-émancipé », la protection de l'enfant, plus spécifiquement la préservation de ses intérêts personnels voire patrimoniaux, tient une place de choix en droit ivoirien. Déjà sous le régime de la loi n° 70-483 du 3 août 1970, relative à la minorité, l'intérêt de l'enfant avait été envisagé par le législateur, comme un motif légitime de reconnaissance ou de dévolution<sup>1</sup> ; d'attribution ou de retrait<sup>2</sup> de pouvoirs reconnus à ses parents ou à des tiers dans certains cas exceptionnels. Un ancien secrétaire général des Nations unies disait à ce propos que : « La façon dont une société traite ses enfants reflète non seulement ses qualités de compassion et de

---

<sup>1</sup> Cf. art. 7 et s. de la loi n° 70-483 du 3 août 1970 sur la minorité en Côte d'Ivoire. Ce texte a été abrogé en 2019 par l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-572 du 26 juin 2019 (*JORCI* n° 11 du 16 juillet 2019) relativement au même objet.

<sup>2</sup> Cf. art. 20 à 23 de la loi n° 70-483 du 3 août 1970 sur la minorité en Côte d'Ivoire.



bienveillance protectrice, mais aussi son sens de la justice, son engagement pour l'avenir et son envie d'améliorer la condition humaine pour les générations à venir (...).<sup>3</sup>». Cette affirmation de monsieur De Cuellar marque indiscutablement l'intérêt que devrait susciter l'entretien et l'éducation de l'enfant dans les sociétés humaines modernes, qui plus est, dans nos pays en voie de développement. Et pour les saintes Écritures, il ne saurait en être autrement puisque dans le livre des proverbes, une injonction dans ce sens en est faite à l'humanité : « donne de bonnes habitudes à l'enfant dès l'entrée de sa vie : il les conservera jusque dans sa vieillesse »<sup>4</sup>.

C'est certainement conscient de cette importance que dans le courant du XX<sup>e</sup> siècle, plusieurs traités et conventions à l'échelle internationale<sup>5</sup> affirmant les droits de l'enfant et par-delà, son intérêt, ont été adoptés par des instances intergouvernementales faisant ainsi passer celui-ci du statut juridique d'objet de droit<sup>6</sup> à celui de sujet de

---

<sup>3</sup> Extrait du discours de Javier PEREZ DE CUELLAR à l'Assemblée générale le 20 novembre 1989 in *Archive de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (AUNHRC)*, Genève, G/SO 214 (28) Part VII Folder], File begins September 1989, ends February 1990, Interoffice memo from T. McCarthy to E. Starnatopoulou-Robbins. Draft statement by Jan Martenson on adoption of the Convention on the rights of the Child by the 44<sup>e</sup> session of the General Assembly, 16 novembre 1989 (traduit de l'anglais).

<sup>4</sup> *La Sainte Bible, Ancien Testament - proverbe 22 :6*, Alliance Biblique Universelle, Corée du Sud, 2009, p. 783.

<sup>5</sup> On citera notamment la charte africaine des droits et du bien-être des enfants signée à Addis-Abeba (Ethiopie) en juillet 1990, qui en son art. 2 définit l'enfant comme « tout être humain âgé de moins de 18 ans » ; ainsi que la charte européenne des droits de l'enfant signée et adoptée le 4 octobre 1979 par le Parlement européen selon laquelle il faudrait substituer à la notion d'« autorité parentale » celle de « responsabilité parentale », en précisant les droits de l'enfant en tant que membre distinct de la famille.

<sup>6</sup> Objet de droit car auparavant, l'enfant ne vivait ses droits que par l'action de ses père et mère, surtout de celle de son père investi des prérogatives de puissance paternelle. Objet totalement inerte, l'enfant ne tirait profit que des avantages attachés aux prérogatives qu'exerçait le titulaire de la puissance paternelle sur la personne et les biens de l'enfant.

droit<sup>7</sup>. En législation ivoirienne, c'est à l'article 3 de loi n° 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité<sup>8</sup> que l'on doit la référence la plus affirmée<sup>9</sup> à l'expression « l'intérêt de l'enfant ». Dans cette disposition, le législateur ivoirien, définissant le nouveau mécanisme de protection de l'enfant à savoir « l'autorité parentale<sup>10</sup> », évoque l'intérêt de l'enfant comme une finalité, un objectif à atteindre et à préserver mis à la charge des père et mère. Et en toute circonstance, lorsque l'intérêt de l'enfant paraît insuffisamment préservé, garanti ou sauvegardé, par l'action de ses parents, la loi habilite le juge à intervenir afin de recadrer les choses. En tout état de cause, le législateur impose aux

---

<sup>7</sup> Aujourd'hui, l'enfant est de plus en plus perçu comme le réceptacle de droits, c'est-à-dire une personne considérée comme support d'un droit subjectif ; titulaire d'un droit (sujet actif) ou débiteur d'obligations (sujet passif). La belle illustration que l'on peut avoir de cette idée est notamment qu'en droit français, le législateur de 2002 prescrit dans l'alinéa 3 de l'art. 371-1 de la loi n° 2002-305 du 2 mars 2002 relative à l'autorité parentale que : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité », certainement afin que l'enfant personnellement titulaire de droits, n'ait plus à subir les décisions de ses parents qui le concernent directement, mais puisse plutôt, contribuer aux choix décisionnels de ses parents pour son bien-être et son épanouissement certain étant lui-même sujet conscient de ses droits et certainement de ses obligations.

<sup>8</sup> Ce texte a été publié au *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire (JORCI)* sous le n° 11 du 16 juillet 2019.

<sup>9</sup> La plus affirmée simplement parce dans la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire (*JORCI* n° 10 du 12 juillet 2019), le législateur évoque parfois l'intérêt des enfants mais chaque fois mis au coude à coude avec soit l'intérêt de la famille, soit l'intérêt du ménage c'est-à-dire celui de ses père et mère mariés.

<sup>10</sup> La notion d'usage sous l'ancienne loi sur la minorité était celle de « puissance paternelle », telle qu'elle était consacrée dans les termes de l'art. 3 de la loi de 1964 relative à la minorité en Côte d'Ivoire. En France dès 1970 déjà on employait l'expression « autorité parentale » en lieu et place de l'ancienne puissance paternelle qui certainement ne correspondait plus aux réalités sociales du moment. Ainsi, selon l'art. 371-1 de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 telle que modifiée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et d'obligations ayant pour finalité, l'intérêt de l'enfant ». Cette définition a été reprise en tous ses points pratiquement, par le législateur ivoirien de 2019.

uns, quel que soit ce qu'il en coûte, la charge de la poursuite de l'intérêt de l'enfant tandis qu'à d'autres, il accorde le pouvoir de contrôler l'action des premiers dans la préservation et la sauvegarde de l'intérêt des enfants.

Alors abordé dans diverses branches du droit civil, l'intérêt de l'enfant peut revêtir plusieurs connotations et occuper une place qui serait fonction des intérêts en présence et des circonstances dans lesquelles cet intérêt est recherché. Cependant, il demeure qu'une telle divergence d'appréhension n'enlève rien à la prééminence que devrait avoir l'intérêt de l'enfant parmi les référents du juge lorsque celui-ci est invité à statuer sur des causes touchant de près ou de loin à l'éducation et à l'entretien de l'enfant.

À l'origine, entendu comme un magistrat qui rendait la justice à Rome, ou ensuite tel un gouverneur des premières provinces romaines et connu sous le nom de préteur ou *praetor* en latin, le terme « juge » décrit selon le dictionnaire <sup>11</sup>, un magistrat chargé de rendre la justice, d'appliquer les lois. Dans une seconde approche, il s'agit d'un membre d'un Tribunal d'instance ou d'un Tribunal de commerce par opposition aux conseillers, qui sont membres des Cours d'appel ou de la Cour de cassation. Dans une troisième approche encore, le juge sera déterminé eu égard aux fonctions qui lui sont assignées par la loi. On parlera à ce titre de juges consulaires<sup>12</sup>, de juges de l'application des

---

<sup>11</sup> Josette REY-DEBOVE (sous la rédaction de), *Le Petit Robert*, Le Robert édition, Paris, 2014, p. 1400.

<sup>12</sup> Siégeant en pratique à plusieurs, les juges consulaires sont des magistrats composant les Tribunaux de commerce. Leur compétence est généralement induite de la stipulation par les parties d'une clause compromissoire et de ce fait ils statuent en rendant des sentences arbitrales.

peines<sup>13</sup>, de juge d'instruction<sup>14</sup>, de juge de la mise en état<sup>15</sup>, ou enfin de juge de paix,<sup>16</sup> etc.

Cela étant, le juge constitue un élément essentiel dans l'application des lois aux situations de fait qui lui sont soumises. Pour la protection des enfants mineurs, deux types de magistrats interviennent afin de marquer la présence de l'État auprès des familles garantissant et préservant en ce sens, les droits et intérêts des enfants jusqu'à leur majorité<sup>17</sup> ou dans certains cas, jusqu'à leur émancipation. Ce sont d'abord le juge des tutelles lorsque l'enfant est simplement reconnu par ses parents sans que ceux-ci ne soient mariés ; et enfin, le juge aux affaires matrimoniales<sup>18</sup> pour les causes impliquant la sauvegarde des enfants légitimes.

En dépit de son usage fréquent en législation, l'expression « l'intérêt de l'enfant » fait partie de ces principes<sup>19</sup> qui souffrent en

---

<sup>13</sup> Le juge de l'application des peines est en ce qui le concerne, un juge dont la mission est de suivre et d'aménager le régime d'exécution de la peine.

<sup>14</sup> Le juge d'instruction quant à lui, est un magistrat chargé de rechercher les crimes et délits, de faire arrêter les prévenus, de recueillir les preuves relatives à la cause. Il intervient fréquemment en matière pénale.

<sup>15</sup> Cf. art. 48 et s. du Code de procédure civile, commerciale et administrative (CPCCA).

<sup>16</sup> Il s'agit du qualificatif donné parfois en droit français au juge d'instance.

<sup>17</sup> En droit ivoirien, à l'instar d'autres systèmes juridiques, la majorité s'acquiert à l'âge de 18 ans révolus sauf à être émancipé par le juge dès l'âge de 16 ans lorsque ceux qui exercent l'autorité parentale y consentent dans les conditions fixées par les lois.

<sup>18</sup> Le juge des affaires matrimoniales dans le système judiciaire ivoirien, est un juge du siège, désigné par le chef de sa juridiction pour présider la chambre matrimoniale, laquelle ne connaît que des demandes en divorce, en contribution aux charges du ménage (voir dans ce sens, l'ordonnance n° 96/2019 relative aux attributions des chambres et au fonctionnement du Tribunal de première instance de Korhogo pour l'année judiciaire 2019-2020 inédit), et plus généralement de toute demande relative aux rapports entre époux. Il faut par ailleurs préciser que ce juge peut statuer seul ou en formation collégiale selon qu'on soit dans les sections de tribunaux ou dans les tribunaux de première instance.

<sup>19</sup> Ces principes sont également qualifiés de standards juridiques. Selon Monsieur CORNU, le vocable « standard » est tiré de d'un terme anglais qui signifie « niveau, modèle, étalon, moyenne ». Les standards sont utilisés

droit d'une absence de définition légale. À notre sens, une meilleure compréhension de cette expression nécessite l'appréhension l'un après l'autre des vocables qui le composent. En fait, le terme « intérêt » ou « l'intérêt » se conçoit littéralement comme ce qui importe, ce qui convient en quelque manière que ce soit, à l'utilité d'une personne ou d'une collectivité, d'un individu ou d'une personne morale, en ce qui concerne soit leur bien physique et matériel, soit leur bien intellectuel et moral, soit leur considération et leur honneur. En outre, il s'agit de somme d'argent représentant le prix de l'usage d'un capital<sup>20</sup>. S'agissant de « l'enfant », le dictionnaire<sup>21</sup> le perçoit comme un garçon ou une fille qui n'a pas encore atteint l'adolescence. Au sens de la convention internationale relative aux droits de l'enfant, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable<sup>22</sup>. Tout comme le souligne le doyen Carbonnier, le clivage « semble devoir (...) passer par un chiffre, les dix-huit ans d'âge. Il y a

---

selon une théorie générale pour désigner une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extra-légales ou même extra juridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique) occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant. Ex : référence à la bonne foi, à la conciliation des intérêts en présence (intérêt de la famille et intérêt de l'enfant), à des circonstances exceptionnelles. In Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Quadrige / PUF, Paris 2009, p. 885.

<sup>20</sup> Serge GUINCHARD (sous la direction de.), *Lexique des termes juridiques*, 20<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris 2013, p. 508. On parle également d'intérêt moratoire ou d'intérêt compensatoire, en tant que somme d'argent destinée soit à réparer le préjudice subi par un créancier du fait du retard dans l'exécution par le débiteur de son obligation, soit du préjudice subi par une personne du fait de l'inexécution par son contractant de son obligation ou par un tiers de sa dette.

<sup>21</sup> Jean DUBOIS (sous la direction de), *Larousse-Dictionnaire de la langue française*, Larousse édition, Paris 1994, p. 634.

<sup>22</sup> Cf. art. 2 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) de 1989.

donc d'un côté des enfants mineurs, et de l'autre des majeurs, mais qui ne cessent pas, pour autant, d'être les enfants de leurs pères et mères »<sup>23</sup>.

Les mots « intérêt » et « enfant », mis donc bout à bout pour former l'expression « l'intérêt de l'enfant », déterminent selon monsieur Cornu<sup>24</sup> « ce que réclame le bien de l'enfant, critère par exemple de l'attribution de la garde (...). Ce principe contient divers éléments laissés à l'appréciation du juge pour statuer en opportunité, au mieux, compte tenu de l'ensemble des données en cause. L'intérêt de l'enfant intègre ce que la doctrine qualifie de notion-cadre<sup>25</sup> à savoir, des notions juridiques englobantes et directives virtuellement applicables à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (...) »<sup>26</sup>.

Pour ce qui est du droit ivoirien enfin, il est constitué par l'ensemble des lois et règlements y compris les traités et conventions internationales ratifiés par le Parlement ivoirien, par les décisions de justice constituant une jurisprudence solide et dynamique et par la doctrine ivoirienne qui s'attache à expliciter diverses matières du droit. Ainsi, le système juridique d'épanouissement de notre analyse est principalement le droit ivoirien auquel on intégrera au besoin d'autres systèmes juridiques tout au long de cette étude. Cela étant, l'intérêt de l'enfant, à défaut de définition légale, occupe une place essentielle parmi les standards auxquels doivent se référer les juges

---

<sup>23</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, édition Quadrige / PUF, Paris 2004, p. 826.

<sup>24</sup> Gérard CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, n° 1, p. 506.

<sup>25</sup> Une auteure dira que « la notion d'intérêt constitue une notion cadre, à géométrie variable, polyvalent et polymorphe ». In Luce BOURASSA, *La parole de l'enfant en matière de garde*, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 53. Voir aussi : Julie LADOUCEUR, « D'esclave à roi, l'évolution de la protection de l'enfant », dans *La protection de l'enfant : évolution*, Prix Charles-Coderre 1998, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1999, p. 128 à 189.

<sup>26</sup> Gérard CORNU (sous la direction de.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, n° 2, p. 619.

afin d'asseoir des décisions suffisamment plausibles et à même de refléter les réalités actuelles en matière de droit de la famille et de protection de l'enfant considéré dans sa diversité. La considération de l'intérêt de l'enfant dans le choix du juge est et demeure essentielle.

Historiquement, le concept de l'intérêt de l'enfant a fait son apparition en France par une loi du 4 juillet 1970 relative à l'autorité parentale. La consécration de ce principe est consécutive aux grandes mutations sociales intervenues dans ce pays à la faveur des événements dits de mai 1958. À cette époque, les rapports des père et mère avec l'enfant cessent d'être conçus comme un pouvoir de domination sur la personne, c'est une autorité conférée aux parents pour protéger l'enfant<sup>27</sup>. On comprend alors difficilement que l'intérêt de l'enfant ait été pendant longtemps l'objet d'une grande hésitation des juridictions françaises. Le débat qu'a pu susciter le principe de l'intérêt de l'enfant au-delà d'un désaccord sur sa définition y est certainement pour beaucoup.

En doctrine, le principe de l'intérêt de l'enfant est à l'origine de nombreux grincements de dents au point même que certains ont pu plaider pour son éviction pure et simple<sup>28</sup> du système juridique. Au-delà même d'une définition uniforme du principe qui peine à émerger des réflexions d'auteurs, c'est la question de son contenu et surtout de sa manipulation par les juges qui est sujette à discussions. En fait, le principe de l'intérêt de l'enfant suscite des abus de la part de ceux qui sont censés s'en servir au nom de l'État, à savoir les juges, les médecins et les services de l'assistance sociale. Dans le cadre de cette étude, les seuls fonctionnaires dont les actions focaliseront nos analyses ce sont les juges. Dans ce sens, un auteur soulignait que « le concept de l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué pour justifier des interventions qui s'avèrent catastrophiques pour les enfants et leurs

---

<sup>27</sup> Alex Weill, François TERRE, *Droit civil - Introduction générale*, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1979, p. 116.

<sup>28</sup> L'intitulé de l'art. de monsieur Pierre VERDIER illustre parfaitement ce propos. Voir *infra*.

familles »<sup>29</sup>. Dans ce domaine comme dans d'autres, la tentation est forte de raisonner en termes d'intérêt de l'enfant. Mais comment le connaître ? S'interrogent messieurs Malaurie et Aynès<sup>30</sup>. Pour cet auteur, en matière de filiation comme en matière d'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant est une notion complexe. Il peut être utilisé *in concreto* comme critère de décision, dans un cas particulier, à condition que l'on n'oublie pas que même dans cette hypothèse, il est tout autant le constat d'une réalité objective que le produit d'une construction sociale. En revanche, on ne peut bâtir un droit de filiation sur un tel concept, conçu *in abstracto* : il ne ferait que masquer d'autres intérêts, individuels et collectifs<sup>31</sup>. En ce qui concerne le doyen Carbonnier, le concept de l'intérêt de l'enfant est une notion évolutive, complexe, voire « magique »<sup>32</sup>, fuyante à laquelle il n'y aurait intérêt à lui déterminer un contenu objectif au risque d'en retirer toute l'essence<sup>33</sup>. Selon madame Douchy-Oudot, la difficulté tient en réalité sur ce qui est mis derrière l'intérêt de l'enfant et il est sûr que « le contenu différera surtout à propos de l'éducation (...) de l'enfant, alors que l'on pourrait arriver, plus facilement, à un consensus sur l'égalité parentale »<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Pierre VERDIER, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*, 2008/10, n° 280, p. 34. Publié sur le site [www.cairn.info](http://www.cairn.info) le 30 septembre 2014, consulté le 18 septembre 2021.

<sup>30</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Defrenois Lextenso éditions, Paris, 2011, p. 361.

<sup>31</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *La Famille*, ouvr. cité n° 1, p. 362.

<sup>32</sup> Jean CARBONNIER cité par Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement, l'exemple de l'avant-projet de loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Mémoire en vue de l'obtention du grade de maître en droit, Université de Montréal, Montréal 2010, p. 11.

<sup>33</sup> Voir également dans ce sens : Elena ROSSI, « Evaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et convention des droits de l'enfant », *Association jeunesse et droit, journal du droit des jeunes*, 2003/1 n° 221 p. 18 à 41, [www.cairns.info/revue\\_journal\\_du\\_droit\\_des\\_jeunes2003\\_1\\_p\\_18.htm](http://www.cairns.info/revue_journal_du_droit_des_jeunes2003_1_p_18.htm), consulté le 14 août 2021.

<sup>34</sup> Méлина DOUCHY-LOUDOT, « Les enfants et la séparation des parents », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 62, n° 3, 2010, p. 634.



L'admission de l'intérêt de l'enfant par le juge français en a rajouté aux critiques que pouvait susciter le principe. La Cour de cassation semblait ne l'avoir employé qu'à deux reprises avant 1989 dans un arrêt du 18 juin 1975<sup>35</sup> et dans un autre arrêt du 10 mai 1977<sup>36</sup>. Après cette date et particulièrement après le revirement de 2005, la Cour de cassation a pris l'habitude de recourir à cette expression, sans pour autant écarter le seul intérêt de l'enfant<sup>37</sup>. Le principe de l'intérêt de l'enfant va par la suite s'internationaliser pour connaître un essor en raison de sa réaffirmation sous sa forme la plus longue « l'intérêt supérieur de l'enfant », dans les termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 de la convention internationale de 1989 relative aux droits de l'enfant. Par les mouvements conjoints d'universalisation et de multiplication, les droits de l'homme sont venus irriguer les droits internes dans le but de s'assurer la liberté et la dignité de toute personne, en protégeant les individus indépendamment de leur âge<sup>38</sup>. En termes de minorité, l'idée prépondérante étant que le premier droit des mineurs est celui d'être protégé<sup>39</sup>.

Cependant, ce grand mouvement international de changement des paradigmes gouvernant les rapports parents-enfants ne sera pas nécessairement suivi en législation ivoirienne. Certainement, en raison des déterminismes sociaux qui n'avaient pas encore intégré l'idée qu'un enfant aux côtés de ses parents, surtout de son père, puisse prétendre à des droits, qui plus est des droits supérieurs. De ce fait, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu la tâche d'intégrer peu à peu le concept dans l'ordonnement juridique en l'associant à ses référents juridiques, à sa panoplie de notions-cadres, lui servant de boussole, de

---

<sup>35</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 18 juin 1975, Yamani, arrêt n° 462.

<sup>36</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1977, Ballesteros, arrêt n° 386.

<sup>37</sup> Arsène Désiré NENEBI, *L'effectivité des droits de l'enfant en Côte d'Ivoire : entre normes internationales et réalités sociales*, Thèse Lyon, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2018, p. 34 et 35.

<sup>38</sup> Gulherme Assis de ALMEIDA, Bibiana GRAEFF, Dorothée GUERIN et Maxim PERON, « L'enfant sujet des droits de l'homme : réflexions en Droit français et en Droit brésilien », in *Revue d'études constitutionnelles, herméneutiques et théorie du droit (RECHTD)*, n° 11 (2), 2019, p. 222.

<sup>39</sup> *Idem*.

miroir qu'il est appelé à scruter pour désamorcer les conflits entre parents chaque fois que cela implique l'enfant. Cette posture du juge ivoirien face au principe se justifiait par l'application en droit interne de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la convention internationale relative au droit de l'enfant lequel suggère aux États signataires que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Dans leur grande majorité, les décisions de justice qui ont été rendues par les juridictions du fond ainsi que par l'ancienne Cour suprême<sup>40</sup> de Côte d'Ivoire, avaient déjà considéré la question de l'intérêt de l'enfant comme le principe gouvernail des décisions.

Alors confrontée au juge, la problématique de l'intérêt de l'enfant invite au demeurant, à rechercher les interactions qui pourraient s'établir entre ce dernier et l'intérêt de l'enfant, et inversement. Partant, si le débat demeure plus ou moins, focaliser sur la quête d'une définition uniforme, c'est sur le terrain de l'application au contexte que l'intérêt de l'enfant en tant que principe, révèle toute sa singularité.

Dès lors, la préoccupation importante que soulève le sujet « le juge et l'intérêt de l'enfant en droit ivoirien » invite à nous demander à quel moment se pose au juge la question de l'intérêt de l'enfant. Comment conçoit-il le principe de l'intérêt de l'enfant ? Comment s'en sert-il dans ses choix décisionnels ? C'est la question générale de la portée matérielle du principe et de sa construction dans le système juridique ivoirien que nous analyserons sous la perception du juge.

La réflexion sur la problématique du « juge et l'intérêt de l'enfant en droit ivoirien », invite par conséquent à découvrir au regard de la loi et de la jurisprudence, les tenants et les aboutissants du principe.

---

<sup>40</sup> En matière judiciaire l'ancienne Cour suprême a aujourd'hui abandonné ses compétences à la nouvelle Cour de cassation de Côte d'Ivoire créée par la loi n° 2018-977 du 27 décembre 2018 portant attribution, composition, organisation et fonctionnement de la Cour de cassation de Côte d'Ivoire (*JORCI* n° spécial du 6 mars 2019).

Cette quête permettra de situer l'apport respectif de la doctrine, de la jurisprudence et du législateur, ainsi que les influences reçues, à l'effet de révéler l'état du droit positif. On devrait constater à cet effet que l'application du principe suggère que l'intérêt de l'enfant se révèle parfois tel un outil de régulation des conventions entre époux (II), mais surtout que ce principe constitue pour le juge un motif légitime d'immixtion dans les rapports parents et enfants (I)

### **I. L'intérêt de l'enfant, un motif légitime d'immixtion dans les rapports parents et enfants**

Le cadre légal d'épanouissement des rapports parents et enfants c'est la famille, quelle que soit son origine. La loi s'arrête aux portes des maisons<sup>41</sup>. C'est d'abord aux parents qu'il revient de définir l'intérêt de leur enfant, puis éventuellement au législateur de prendre le relais en fixant des lignes de conduite précise aux différents intervenants chargés de protéger l'enfant<sup>42</sup>. En cas de conflits relativement à l'exercice de l'autorité parentale, en pratique, la solution peut surgir d'un adage bien connu selon lequel « le linge sale se lave en famille ». Sauf que parfois, l'intensité de la saleté du linge suggère que l'on invite un tiers pour aider à préserver la cohésion familiale. C'est à ce titre que le juge, sur demande du parent le plus diligent, intervient pour arbitrer les désaccords entre parents relativement à l'exercice de leur autorité sur leurs enfants. Et la seule carte d'invitation qui est mise à sa disposition par la loi c'est l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant constitue un motif légitime d'immixtion du juge dans les rapports parents et enfants selon deux hypothèses : à l'occasion d'un exercice en commun de l'autorité parentale (A) comme il est de principe, ou lorsque cette prérogative

---

<sup>41</sup> Claire NEIRINCK, Maryline BRUGGEMAN, Maïalen CONTIS, Laurence MONNIER-SAILLOL (sous la direction de), *Droit de la famille*, éditions Ellipses, Coll. « Tout le droit » dirigée par Philippe SEGUR, Paris, 2002, p. 162.

<sup>42</sup> Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT cités par Pierre VERDIER, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *Journal des jeunes*, 2008/10 n° 280, mis en ligne sur cairn.info le 30 août 2014, p. 1.

est reconnue à un parent seul qui l'exerce de manière unilatérale (B) exceptionnellement.

#### *A. Une immixtion en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale*

L'exercice en commun des attributs de l'autorité parentale présuppose une concertation et d'autres fois des initiatives personnelles qui engageraient un seul parent ou également l'autre parent, eu égard des tiers dans l'intérêt de l'enfant. Cet exercice collaboratif de l'autorité parentale constitue de ce fait, un pouvoir de protection, et les prérogatives qu'elle confère aux père et mère sur la personne et les biens de leur enfant non encore émancipé, n'est que la contrepartie des devoirs et de la responsabilité que leur impose le fait de la procréation<sup>43</sup>. Cette autorité, loin d'être intangible, est soumise au contrôle du juge<sup>44</sup> qui peut rationnellement par une redistribution, déchoir son titulaire de tel ou tel attribut<sup>45</sup> personnel (1) si celui-ci par son comportement met en danger le plein épanouissement, la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. L'action du juge devrait en outre, consister en une surveillance relative de l'administration légale pure et simple lorsque le désaccord des parents l'invite à se prononcer au nom de l'intérêt de l'enfant (2).

##### *1. La redistribution des attributs personnels de l'autorité parentale*

Quel que soit leur statut<sup>46</sup>, les droits et obligations inhérents à l'exercice en commun de l'autorité parentale par les père et mère,

---

<sup>43</sup> Alex WEILL et François TERRE, *Droit civil - les personnes, la famille, les incapacités*, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1993, p. 742.

<sup>44</sup> Cf. art. 5 alinéa 2 et art. 9 alinéa 3 de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>45</sup> Cf. art. 22, nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>46</sup> La loi a vocation à préserver en valeur les institutions qu'elle établit. C'est pourquoi la loi sur la minorité évoquant l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents, aborde d'abord le cas des père et mère unis dans les liens d'un mariage légale (Cf. art. 5 nouveau) avant d'aborder la question des parents qui exercent eux-aussi en commun l'autorité parentale sur la personne et les biens de leurs enfants mineurs sans être mariés, c'est-à-dire dans le cadre d'union dites libres (Cf. art. 9) dès lors que la filiation de l'enfant à leur égard a été indubitablement établie par devant l'officier de l'état civil.

s'incorpore à la direction morale et matérielle de la famille<sup>47</sup>. Dans cette hypothèse, tous les choix et décisions des parents doivent être faits en tenant compte de l'intérêt de la famille dans lequel s'intègre parfaitement l'intérêt de l'enfant. La législation ivoirienne faisant de l'intérêt de l'enfant une finalité à réaliser pour tous les enfants en général, prescrit que ce but doit être poursuivi en toute circonstance par les père et mère. Ces derniers exerçant en commun les attributs de l'autorité parentale doivent de manière concertée prendre les décisions idoines afin d'assurer la réalisation de cet intérêt.

Si les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage ou de la communauté de vie<sup>48</sup>, obligation de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants<sup>49</sup>, il demeure qu'en pratique bien que n'étant pas unis par les liens du mariage légal, les père et mère vivant ensemble avec leurs enfants, assument conjointement des obligations similaires eu égard de leurs enfants. Ils doivent donc quotidiennement assurer ensemble la garde, la direction, la surveillance, l'entretien, l'instruction et l'éducation des enfants mineurs. Cela s'entend notamment du choix concerté de la résidence de la famille<sup>50</sup>, du choix

---

<sup>47</sup> A notre sens, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les père et mère de l'enfant mineur est la conséquence logique dans un couple uni dans le mariage de la gestion conjointe de la famille par les époux et ce dans l'intérêt du ménage et des enfants telle que prescrite par l'art. 51 nouveau de la loi de 2019 sur le mariage en Côte d'Ivoire. A ce titre Madame ASSI-ESSO indique qu' « en dehors de la belle famille, le mariage produit des effets dans les relations des époux avec leurs enfants. Le mariage crée la famille légitime avec ses règles spécifiques relatives à la puissance (depuis 2019 à l'autorité parentale) et à la filiation légitime. In Anne Marie Anne-Marie Hortense ASSI-ESSO, *Droit civil - la famille*, Coll. « Précis de Droit Ivoirien », 4<sup>ème</sup> édition, Editions UIBA (Université internationale bilingue africaine), Abidjan 2018, p. 123.

<sup>48</sup> Ici nous entendons faire référence au couple avec enfants, formés sans que le lien matrimonial n'en soit pour autant établi par devant l'officier de l'état civil. On parle fréquemment de couples en union libre ou vivants en concubinage. Dans ces espèces, la conjugalité est établie sur la base non d'éléments juridiques mais plutôt, sur le fondement d'éléments de faits.

<sup>49</sup> Cf. art. 47 nouveau de la loi de 2019 sur le mariage.

<sup>50</sup> Cf. art. 56 nouveau de la loi ivoirienne sur le mariage. Bien que dans cette disposition le législateur fasse plutôt référence au choix en commun par les

de l'établissement scolaire des enfants, du choix de leurs lieux et modes de loisirs, de la protection de l'enfant<sup>51</sup> et de son éducation scolaire, professionnelle, ou religieuse.

L'exercice conjoint (de l'autorité parentale) suppose que les père et mère se concertent et surtout s'entendent sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant<sup>52</sup>. Autrement, le législateur a prévu les situations de désaccord, de conflit pour emprunter le terme usité en législation. Une lecture combinée des articles 5 alinéa 2 et 9, alinéa 3, nouveaux de la loi ivoirienne n° 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité, sans pour autant préciser la juridiction à saisir, donne compétence au juge pour statuer en considération de l'intérêt de l'enfant s'il s'élève un conflit relativement à l'exercice de l'autorité parentale. On peut donc raisonnablement s'interroger sur la question de savoir à quel juge le législateur fait-il référence dans les dispositions précitées ? Et en quoi consiste l'action de ce dernier lorsqu'il est saisi ?

---

époux du domicile familial, il va sans dire qu'en général, le domicile est en lien directe avec le lieu de résidence habituelle et réelle de la famille de telle sorte que les deux notions aillent clairement de pair.

<sup>51</sup> En droit français, la protection de l'enfant s'étend même à l'interdiction à leur enfant toute relation avec un tiers ou un membre de la famille élargie par les parents. La seule limite à ce droit réside dans l'art. 317- 4 du Code civil organisant les relations personnelles de l'enfant avec ses ascendants : « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2009, *D.* 2009, *AJ*, p. 372, obs. V. également, *D.* 2009, Pan., p. 1923, obs. Ph. BONFILS. En droit ivoirien, la protection de l'enfant peut aller même jusqu'à la déchéance de plein droit lorsque les parents ont été condamnés pour des infractions dont les conséquences peuvent atteindre gravement la moralité ou la sécurité intellectuelle et personnelle de l'enfant, ou à une déchéance facultative des père et mère de l'autorité parentale ou de tous les droits qui s'y rattachent lorsque ceux-ci se sont rendus coupables d'actes atteignant gravement le plein épanouissement, la sécurité, la santé ou la moralité. Cf. art. 21 et 22 nouveaux de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>52</sup> N.J. DABIRE, « L'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant dans le nouveau droit de la famille au Burkina Faso », in *Revue burkinabè de droit*, n° 25-janvier 1994, p. 60.

Pour répondre à ces deux interrogations, il faut partir de la distinction de statut qui est faite par le législateur relativement à l'enfant à l'égard de qui doit être mise en œuvre l'autorité parentale selon la loi sur la minorité. En effet, sans les évoquer directement, la loi ivoirienne contextualise l'enfant soit dans le mariage de ses père et mère<sup>53</sup>, soit en dehors de tout lien matrimonial de ses parents<sup>54</sup>. Il s'en infère implicitement que, pour l'enfant légitime, l'intérêt de l'enfant sera recherché par le juge aux affaires familiales à qui la loi donne compétence matérielle pour connaître des litiges inhérents à l'application de la loi sur le mariage et ses suites. Et en ce qui concerne l'enfant naturel, cette tâche sera affectée au juge des tutelles.

Pour ce qui est du rôle du juge, il faut distinguer selon que le conflit appréhendé, est aisément surmontable, ou qu'il soit tellement grave qu'il risquerait d'entamer la cohésion familiale bouleversant pour ainsi dire, sérieusement, les relations entre parents eux-mêmes, et entre parents et leur enfant mineur.

De notre point de vue, les premières hypothèses de conflits devraient être en rapport avec l'exercice quotidien de l'autorité parentale par les père et mère. Et il devrait s'agir en substance de litiges ou de désaccords qui naîtraient à l'occasion de la gestion du quotidien de la famille. On peut imaginer que le désaccord de l'un des parents constitue une sorte de droit de veto et empêche toute action de sorte à figer les décisions qui devraient être prises dans l'intérêt de l'enfant. La solution, la meilleure, semble être de faire appel au juge<sup>55</sup>. Dans ce cas, celui-ci, saisi par le parent le plus diligent, statue en tenant compte de l'intérêt de l'enfant tout comme l'indique la loi. Or tout comme on peut le constater, cet intérêt pourrait parfois entrer en opposition avec l'intérêt de l'un des parents, surtout celui des deux qui s'oppose à la solution envisagée. Sur le fondement d'un tel postulat, le juge ne devrait-il pas prendre une décision contre un

---

<sup>53</sup> *Infra* n° 38.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Coll. « Mémentos LMD », Gualino Lextenso éditions, Paris 2010, p. 144.

parent ? Et une telle décision n'aurait-elle pas pour effet d'aggraver la situation éminemment conflictuelle ?

Eu égard de l'intérêt de l'enfant et par extension de l'intérêt du ménage, le juge devra mettre un point d'honneur à déterminer une solution qui remporte la satisfaction de tous. Un auteur évoquait sur ce point le fait de recourir d'abord aux pratiques antérieures qui ont pu être suivies dans des situations semblables<sup>56</sup>. C'est seulement lorsque la contestation persiste parce que la pratique est contestée soit quant à son existence, soit quant à son bien-fondé, ou que l'on se trouve devant une situation nouvelle qu'il y a lieu de recourir à l'arbitrage du juge<sup>57</sup>. En pratique ce choix s'il est réellement fait uniquement en considération de l'intérêt des enfants, devrait concilier les deux parents en conflits. C'est certainement pourquoi le juge dans son ordonnance doit s'évertuer à indiquer que le fondement de ce choix décisionnel est uniquement l'intérêt de l'enfant. Partant, dans l'intérêt de l'enfant, le domicile de famille sera fixé à un tel endroit plus tôt qu'à un tel autre ; dans l'intérêt de l'enfant, et dans une certaine mesure de la famille, il sera procédé à une saisie d'une quote-part du revenu du père ou de la mère qui ne fournit pas sa contribution aux charges du ménage, etc.

Les secondes hypothèses de conflits sont de plus grandes gravités puisqu'elles mettent à mal l'équilibre même de la famille et par-delà, tout l'intérêt de l'enfant. Il s'agit des cas où le lien matrimonial des parents se trouve en situation de net relâchement. L'entente ou l'accord entre époux étant désormais gravement entamé, la sauvegarde des intérêts de l'enfant devra être aménagée autrement.

---

<sup>56</sup> Il s'agit de monsieur DABIRE. Pour cet auteur, il ne s'agit pas pour le juge de refaire la roue, mais plutôt de s'appuyer sur des solutions qui ont auparavant produit des effets acceptables dans la famille considérée. Cf. N.J. DABIRE, « L'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant dans le nouveau droit de la famille au Burkina Faso », art. précité, n° 2, p. 61.

<sup>57</sup> *Idem*. Dans ce cas de figure, la décision du juge est en principe insusceptible de recours.



L'article 6 de la loi ivoirienne sur la minorité prévoit en substance que si les père et mère sont (divorcés)<sup>58</sup> ou séparés de corps, ou en résidence séparée<sup>59</sup>, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le juge a confié la garde de l'enfant. Cela laissant toujours supposer que la filiation soit établie à l'égard des deux parents, en droit burkinabè, le législateur prévoit qu'en cas de désagrégation de la famille, l'autorité parentale sera exercée par celui à qui le juge confie la garde des enfants<sup>60</sup>. Cette solution nous paraît rationnelle dans la plupart des circonstances où le conflit entre époux en dépit de toute tentative de conciliation du juge demeure. Le législateur ivoirien, à l'instar de son homologue burkinabè, ne semble pas prévoir clairement l'éventualité d'un exercice en commun de l'autorité parentale lorsque survient la désagrégation de la famille. Pourtant, il procède des textes que l'exercice conjoint de l'autorité parentale reste une possibilité à envisager. C'est pourquoi, en dépit du fait que la garde et l'exercice de l'autorité parentale aient été confiés à l'un des parents, l'autre qui n'en a pas la garde conservera les droits de visite<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ici l'atteinte au lien matrimonial à considérer est la séparation de corps puisqu'elle suppose que le lien matrimonial perdure entre les père et mère qui exercent en principe en commun l'autorité parentale sur leur enfant et les biens de ceux-ci.

<sup>59</sup> Cf. art. 46 de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage qui autorise que l'un des époux sollicite la résidence séparée selon des critères définis par ladite loi.

<sup>60</sup> Cf. art. 515 du Code burkinabè des personnes et de la famille. Voir également dans ce sens, l'art. 243 du Code togolais de la famille ; art. 278 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la famille sénégalais.

<sup>61</sup> Voy. Dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 290 en date du 08 avril 2010, ETTY Reine Marguerite Conception épouse AHOUMA C./ AHOUMA Tedjé Joseph. Voy. également : section de Tribunal d'Agboville (Côte d'Ivoire), jugement n° 22 en date du 23 avril 2003, ADAYE Abenan Madeleine épouse KALIDOU C./ KALIDOU Hide. Dans cette espèce, le juge en tenant compte de l'âge des enfants ce qui participe du reste à leur intérêt, a opéré une redistribution précise des attributs de l'autorité parentale entre les père et mère en ces termes : « confié à la mère, la garde du troisième enfant et au père, la garde du premier et deuxième enfant ; accorde à chacun des époux, un large droit de visite les premier et troisième dimanche de chaque mois ainsi que durant la moitié des grandes et petites vacances

et de surveillance et le droit de consentir à l'adoption ou à l'émancipation de l'enfant mineur<sup>62</sup>.

On passe donc d'un exercice en commun à un exercice partagé de l'autorité parentale du fait de la redistribution des rôles opérée par le juge. La jurisprudence est coutumière de ce genre de décisions qui opèrent la redistribution des attributs de l'autorité parentale entre des parents séparés de corps<sup>63</sup>. Dans sa prise de décision, le juge devrait en outre tenir compte des conventions passées entre époux relativement à l'exercice de l'autorité parentale. Si elles prennent suffisamment en compte les intérêts de l'enfant, elles devront être approuvées par ce dernier et rendues applicables aux parents séparés de corps. On y reviendra dans des développements futurs<sup>64</sup>.

En situation de séparation de fait, les règles du mariage et subséquemment le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale continuent de s'appliquer puisque le lien matrimonial, bien que rompu de fait, demeure au regard de la loi. L'enfant mineur reste donc soumis à l'exercice conjoint de l'autorité de ses deux parents. Il s'ensuit qu'en cas de conflit comme c'est le cas pour les parents mariés, les dispositions de l'alinéa 2, article 5 restent applicables et le juge requis par le conjoint le plus diligent devrait statuer en seule considération de l'intérêt de l'enfant. En effet, dans le principe, l'époux séparé de fait qui a la garde effective des enfants ne pourra prendre seul d'initiatives que si ces dernières sont de la même nature que celles dont il avait l'exclusivité au temps de la vie commune<sup>65</sup>, à savoir les actes dits usuels pour lesquels il serait présumé<sup>66</sup> avoir agi avec l'accord de l'autre dans le seul intérêt de l'enfant.

---

scolaires, dit que chacun des époux assurera la charge du ou des enfants dont il a la garde ».

<sup>62</sup> Cf. alinéa 2 de l'art. 6 nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>63</sup> *Supra* n° 50.

<sup>64</sup> *Infra* n° 159.

<sup>65</sup> N. COUSIN-PALLET, cité par N.J. DABIRE, « Séparation de fait et autorité parentale », *JCP*, 1974, I, 2659, n° 11.

<sup>66</sup> Il ressort des termes de l'alinéa 3 de l'art. 5 nouveau de la loi n° 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité en Côte d'Ivoire (*JORCI* n° 11 du 16 juillet 2019) que : « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est

Dans sa volonté de toujours préserver les intérêts de l'enfant, le juge pourra toujours, en partage ou en redistribution des attributs de l'autorité parentale, confier sa garde à un tiers<sup>67</sup> le temps qu'une décision définitive soit prise entre les parents en instance de divorce. L'article 7 de la loi ivoirienne sur la minorité prescrit dans ce sens que si la garde de l'enfant a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. En conséquence, les père et mère conserveront conjointement, l'entretien, l'instruction et dans une certaine mesure l'éducation de l'enfant et de ce fait ils devraient toujours contribuer dans la mesure de leurs possibilités à l'entretien matériel de l'enfant. Toutefois, le tiers investi de la garde de l'enfant accomplira les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant. Le tiers ne saurait outrepasser ses pouvoirs en conséquence, toutes ses entreprises seront mises en observation des titulaires principaux de l'autorité parentale. Les

---

réputé agir avec l'accord de l'autre et dans le seul intérêt de l'enfant, quand il accomplit seul un acte usuel de l'autorité parentale ». Il s'en infère le principe de la présomption d'accord qui est voulue entre les époux pour faciliter certaines prises de décisions dans seul intérêt de l'enfant.

<sup>67</sup> Le principe étant toujours la recherche ou le maintien du statut quo pour l'enfant afin de lui préserver une certaine stabilité, on peut imaginer que le tiers en question pourra être l'un ou l'autre des grands parents ou alors un tuteur plus ou moins proche de la famille. Voy. dans ce sens : Cour d'appel de Bouake (Côte d'Ivoire), arrêt n° 12 en date du 2 janvier 2000, YAO Konan Barthélemy C./ Mme YAO née KOUADIO Affoué. Dans cette espèce, une épouse pour se défendre des récriminations de son époux lequel sollicitait la garde des enfants au motif que ces derniers confiés à la mère vivaient dans des conditions désastreuses, à dans son argumentation fait prévaloir la recherche de stabilité des enfants qui devrait de ce cas s'entendre de la pérennisation de leur vie non loin de leur école et de leurs amis : « KOUADJO AFFOUE se défend des allégations de YAO KONAN Barthélemy en soutenant qu'elle n'habite plus chez son cousin mais loue depuis un appartement de deux pièces situé non loin du domicile conjugal afin de permettre aux deux enfants à elle confiés de continuer de fréquenter le même établissement scolaire qu'auparavant (...) ». Voy. Aussi dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 086 en date du 9 mars 2006, Mme KOBLAVI Azovi Mathilde C./ KOUASSI Koffi Paul.

parents au nom de l'intérêt de l'enfant devraient donner leur accord pour la passation des actes de plus grande portée.

Mais dans la situation de la séparation de corps, duquel des deux parents devrait-on requérir cet accord ? Du père ou de la mère ? Cet accord n'instaure-t-il pas la double autorisation qu'on a voulu éviter en prescrivant qu'à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux soit réputé avoir agi avec l'accord de l'autre et dans le seul intérêt de l'enfant lorsqu'il accomplit seul les actes usuels de l'autorité parentale ? À notre avis, l'accord des deux parents à la fois devrait être obtenu puisque ceux-ci demeurent mariés<sup>68</sup>. En cas de contrariété dans l'autorisation par les père et mère relativement à une telle décision, le juge devrait, en considération de l'intérêt de l'enfant, pouvoir intervenir sur la diligence de l'un ou de l'autre parent ou alors du tiers désigné lorsque le blocage de ladite décision contrarie son action.

Dans nos sociétés africaines, les père et mère qui exercent de concert l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs recourent très rarement au juge lorsqu'ils choisissent de confier la garde de leurs enfants mineurs à une tierce personne, parmi leurs connaissances, qui assumera en leur lieu et place, tout ou partie des attributs personnels de l'autorité parentale. De telles hypothèses de redistribution de la garde, de l'entretien ou de la surveillance de fait se produisent en pratique lorsque les enfants du fait de leurs nouvelles orientations scolaires sont dans l'obligation de sortir du cocon familial. Il arrive aussi parfois que les enfants soient contraints de rejoindre l'un des père et mère vivant à l'étranger pour y poursuivre des études. Dans cette seconde hypothèse, le parent qui assurait auparavant seul la garde de l'enfant - les autres attributs restant assurés par les deux

---

<sup>68</sup> Dans le cas où le divorce serait prononcé avec désignation d'un tiers comme ayant la garde de l'enfant, le juge devrait dans sa décision, indiquer clairement à quel parent devrait se référer le tiers investi lorsque son action d'une importance plus grande requerrait l'accord des titulaires traditionnels de l'autorité parentale. Cet avis est également celui d'un auteur burkinabè. Voir dans ce sens, N.J. DABIRE, « L'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant dans le nouveau droit de la famille au Burkina Faso », art. précité n° 3 p. 64.

parents conjointement - consent librement à se décharger de l'exercice total des attributs inhérents à l'autorité parentale au profit de l'autre<sup>69</sup> afin que ce dernier en soit pleinement investi par le juge<sup>70</sup>. L'intérêt de l'enfant en tant qu'outil au service du juge permet alors parfois de revêtir de légitimité, des situations de faits favorables à la sauvegarde de l'intérêt de celui-ci<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Le juge s'assure dans ce cas de figure de l'acceptation du délégataire. La comparution personnelle du délégataire confirmera son acceptation, et par-delà, évitera qu'en fait de délégation, il soit plutôt question que d'une renonciation pure et simple traduisant un abandon frauduleux de l'enfant. Ainsi, l'acceptation du délégataire doit être indiquée dans la requête. Outre l'identité des parties, la requête doit indiquer l'objet de la délégation.

<sup>70</sup> L'autorité parentale, établie dans l'intérêt de l'enfant, est en principe d'ordre public. Son transfert ne peut être laissé au seul choix des titulaires. De ce fait, toute convention privée qui prévoirait un quelconque transfert ne saurait produire d'effet par elle-même. Seule une décision judiciaire peut donner effet à de telles conventions à quelques exceptions près, prévues par la loi. L'art. 13 nouveau de la loi sur la minorité prévoit en substance que : « ceux qui exercent (en référence aux parents et au tuteur) l'autorité parentale, peuvent dans l'intérêt de l'enfant, déléguer volontairement et temporairement à une personne physique jouissant de ses droits civils, les droits qu'ils détiennent et les obligations qui leur incombent relatifs, tant à la garde du mineur, qu'à son instruction, son éducation et sa surveillance ». Une telle demande ne devrait pas avoir pour effet d'opérer un retrait définitif et total des droits et obligations induits de l'autorité parentale aux titulaires délégants. Ceux-ci conservent en dépit de la délégation volontaire les attributs traditionnels de l'autorité parentale à savoir le droit de consentir à l'adoption de leur enfant mineur, à son émancipation dans les conditions fixées par la loi. D'ailleurs, le législateur prescrit que la délégation volontaire de l'autorité parentale est encadrée dans le temps et prend fin à l'expiration du délai convenu ou par déclaration reçue du juge des tutelles en présence des parties intéressées, le ou les parents délégants et la personne physique délégataire. V. dans ce sens : Tribunal pour enfants de Lomé (République du Togo), jugement n° 187/TE/2016, Affaire Dame SEMEHA Akossiwa C./ *Quid* de droit. Voir également dans ce sens, Tribunal de première instance de Lomé (République du Togo), jugement n° 040/2017 du 6 mars 2017, Sieur ADAMOU Abdollahi C./ *Quid* de droit.

<sup>71</sup> C'est ce qu'enseigne un jugement rendu par le tribunal des enfants de Lomé dont le dispositif suit : « Attendu, en l'espèce, qu'il résulte des pièces du dossier notamment des actes de naissance n°905 du 16 juillet 2004 de

L'exercice en commun de l'autorité parentale emporte enfin, une surveillance réciproque des actions des parents eu égard de la personne de leurs enfants mineurs, mais également en lien avec ses biens. Et lorsque cette surveillance mutuelle ne produit plus les résultats souhaités, le juge en considération de l'intérêt de l'enfant sera habilité à apposer son sceau sur les initiatives des coadministrateurs légaux (2) du patrimoine personnel de l'enfant.

*2. Surveillance de l'exercice de l'administration légale pure et simple*

L'autorité parentale détermine l'application de deux institutions relatives aux biens de l'enfant : l'administration légale et la jouissance légale, celles-ci faisant même apparaître l'autorité des père et mère comme un droit lucratif<sup>72</sup>. Dans l'administration légale, c'est la loi qui confère l'administration à ceux qu'elle estime plus aptes à gérer les biens de l'enfant : ce n'est ni une administration dative<sup>73</sup> ni une administration judiciaire<sup>74</sup>. Le principe en est qu'elle est confiée aux parents qui exercent en commun l'autorité parentale. On parle dans ce

---

l'état civil d'Aflao-Adidogomé, rectifié par jugement n° 013 du 07 janvier 2015 par le Tribunal de Vogan et n° 150 du 2 février 2009 de l'état civil du 5<sup>ème</sup> arrondissement, rectifié par jugement n°4343 du 28 mai 2014 par le Tribunal de Lomé que les enfants ADAMOU Abdoullahi Soumaïa et ADAMOU Rahama ont pour père et mère les nommés ADAMOU Abdoullahi et ALI DJATO Kossiwa Sohanam ; qu'elles ont été reconnues par ceux-ci pour avoir été déclarés à l'état civil sous leurs noms et prénoms ; que la mère a toujours contribué à leur entretien et à leur éducation ; qu'elles sont actuellement sous la garde de fait de leur père ; que le père consent à attribuer l'exercice de l'autorité parentale qu'il détient sur ses enfants dont s'agit à leur mère ; que celle-ci ne s'y oppose pas et présente des gages sérieux la rendant apte à assurer valablement la prise en charge physique, morale et intellectuelle des enfants en cause ; que dans l'intérêt supérieur des enfants, il échoit, de faire droit à la présente demande ». Tribunal des enfants de Lomé (République togolaise), jugement n° 040/2017 du 6 mars 2017, Sieur ADAMOU Abdoullahi C/ *Quid* de droit.

<sup>72</sup> Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, ouvrage précité n° 1, p. 859.

<sup>73</sup> C'est-à-dire conférée par la famille.

<sup>74</sup> Elle n'est pas non plus établie par une décision de justice.

cas de figure, d'administration légale pure et simple<sup>75</sup>. Qu'elle soit pure et simple ou soumise au contrôle du juge des tutelles, l'administration légale est intimement liée à l'exercice de l'autorité parentale de ce fait, elle ne saurait dans sa mise en œuvre perdre de vue l'intérêt de l'enfant en tant que finalité de l'autorité parentale.

En fait d'exercice en commun de l'autorité parentale, l'administration légale est naturellement dévolue aux père et mère et reflète un certain équilibre entre ceux-ci afin que chacun d'eux se conçoive tantôt comme la caution, tantôt comme le gendarme des actes de l'autre et mutuellement. C'est certainement la raison pour laquelle l'administration légale pure et simple en droit ivoirien a été instituée avec un contrôle relatif<sup>76</sup> du juge. C'est d'abord à chacun des père et mère qu'il revient d'assurer la surveillance de l'autre. Ensuite sera saisie l'autorité judiciaire. Deux échelons de surveillance sont en effet applicables aux actes accomplis par les père et mère coadministrateurs légaux du patrimoine du mineur. D'une part, en raison de la dualité des sujets actifs de l'administration légale pure et simple, un premier niveau de surveillance devrait être réalisé par les parents eux-mêmes, l'un à l'égard des actes de l'autre, ou en contrôle de validité des actes présumés être accomplis de leur accord commun. Et d'autre part, un second niveau de surveillance, beaucoup plus un rôle d'approbation exercé par le juge, pour confirmer ou réprouver les actes des père et mère coadministrateurs légaux des biens de leur enfant mineur.

De ce fait, s'agissant des actes les moins graves, précisément les actes d'administration ou de conservation, leur accomplissement est

---

<sup>75</sup> L'administration légale est dite pure et simple lorsqu'elle est exercée conjointement par les père et mère qui exercent en commun l'autorité parentale. Cf. art. 43, alinéa 2 de la loi de 2019 relative à la minorité.

<sup>76</sup> Nous disons un contrôle relatif simplement en raison du fait que l'administration légale pure et simple ne tient pas d'une décision du juge encore moins d'une dévolution légale mais d'une simple reconnaissance à ceux (ses père et mère) qui naturellement, c'est à dire du seul fait de la procréation, exercent sur l'enfant et ses biens une autorité tant qu'il est mineur non émancipé.

frappé d'une présomption irréfutable<sup>77</sup> du fait de leur gestion concurrente, chacun des parents étant habilité à les initier individuellement. Cette gestion courante est, en toute réciprocité, concurrente ; elle est offerte, indifféremment à l'initiative du plus diligent<sup>78</sup>. Monsieur Teyssié fait remarquer que la démonstration que tel n'était pas le cas n'affecterait en rien la validité de l'acte ; mais la faute commise pourrait justifier un engagement de responsabilité, notamment vis-à-vis de l'enfant<sup>79</sup>. On peut déplorer que le législateur ne se soit pas donné la peine d'énumérer les actes qui sont de ce fait compris dans ce dispositif. C'est donc à la doctrine qu'il est revenu de le faire. Dans leur grande majorité, les auteurs<sup>80</sup> évoquent les simples actes conservatoires<sup>81</sup> et des actes d'administration<sup>82</sup>. Ce qui implique la représentation du mineur dans tous les actes civils notamment initier des actions en justice dans l'intérêt du mineur<sup>83</sup>, sauf ceux pour lesquels le mineur est autorisé à agir en personne<sup>84</sup>.

---

<sup>77</sup> L'absence de référence à « la bonne foi » du tiers, avec qui l'acte usuel serait accompli seul par un parent coadministrateur légal en témoignant aisément. Voir en droit béninois, le Code des personnes et de la famille en son art. 449.

<sup>78</sup> Gérard CORNU, *Droit civil, la famille*, 5<sup>ème</sup> édition, Monchrestien, Paris 2003, p. 196.

<sup>79</sup> Bernard TEYSSIE, *Droit civil – les personnes*, 11<sup>ème</sup> édition, LITEC, Paris, 2010, p. 241.

<sup>80</sup> Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris, 2009, p. 236. Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit de la famille*, édition Gualino, Paris, 2005, p. 461-462.

<sup>81</sup> Art. 93 alinéa 1<sup>er</sup> nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité : « Le tuteur représente le mineur dans tous les actes, sauf les cas dans lesquels la loi ou les usages autorisent les mineurs à agir eux-mêmes. »

<sup>82</sup> Art. 93 alinéa 2 à l'art. 99 nouveaux de la loi précitée.

<sup>83</sup> CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 54 en date du 2 juin 2000, KOUASSI Bedjie Hortense en représentation de sa fille mineure SERBY Marie Danielle Ekora C./ SERBY Jean Michel, KABLETCHI Bangaman. Dans cette espèce, une mère investie de la qualité d'administratrice légale des biens de sa fille et qui exerçait ensuite la puissance paternelle après le décès du père de sa fille, a été déclarée avoir qualité pour agir au nom et pour le compte de sa fille, en conséquence a été déclarée recevable dans son action qu'elle intente au nom et pour le compte de sa fille mineure. Nul ne pouvant être contraint à



Pour ce qui concerne les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille<sup>85</sup>, l'accord des deux parents est requis. Ce n'est qu'en l'absence de ce double accord des père et mère que l'acte en cause, doit être autorisé par le juge des tutelles. Il s'agit d'une gestion conjointe ou encore cogestion, qui implique une autre façon de limiter les initiatives débordantes de chacun : ces actes requièrent cumulativement l'intervention du père et celle de la mère et doivent reposer, à peine de nullité, sur le consentement de l'un et de l'autre<sup>86</sup>. Ces actes dits de la gestion conjointe du patrimoine du mineur sont eux aussi sujets à deux formes de surveillance : une qui s'infère du principe même du double consentement des parents, et l'autre, qui ressort du contrôle du juge des tutelles.

Le double consentement suppose que les père et mère s'entendent sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Toutefois, le législateur a prévu qu'à défaut d'accord entre les deux parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles<sup>87</sup>. Cette éventualité soulève diverses

---

demeurer dans l'indivision, la mère est fondée à demander le partage au nom et pour le compte de sa fille mineure. En conséquence, il y a lieu d'ordonner la liquidation des biens du défunt et le partage desdits biens entre les héritiers.

<sup>84</sup> Art. 45 nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>85</sup> Art. 100 nouveau et suivants de la loi ivoirienne sur la minorité. Le doyen Carbonnier relève que, relativement aux actes accomplis par l'administrateur légal, on doit revenir à la distinction civiliste entre « actes d'administration » et « actes de disposition » car s'il ne les désigne pas nommément, le législateur les vise par des périphrases qui font référence aux art. 456 et 457 : « actes qu'un tuteur pourrait faire *sans aucune autorisation*, actes qu'il ne pourrait faire *qu'avec l'autorisation du conseil de famille* », In Jean CARBONNIER, *Droit civil, 1/ Les personnes, Personnalités, incapacités, personnes morales*, coll. « Thémis droit privé », PUF, Paris, 2000, p.252. Ce choix du législateur français a été aussi celui de ses homologues ivoiriens (cf. art. 44, alinéa 1<sup>er</sup> et 2 de la loi sur la minorité) et béninois (cf. art. 449 et 450 du Code des personnes et de la famille).

<sup>86</sup> Gérard Cornu, *Droit civil-La famille, op. cit.*, n° 1, p. 196.

<sup>87</sup> L'art. 514, alinéa 2 du Code burkinabè de la personne et de la famille en ce sens donne compétence au tribunal civil pour tous conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale. Dans ce cas, l'initiative de l'action est

interrogations. En effet, à qui reviendrait donc la charge de saisir le juge de cette cause ? Et quel serait le juge territorialement compétent pour connaître de ce litige ?

Les interrogations ainsi soulevées trouvent leurs réponses dans le renvoi opéré par le législateur dans les termes de l'article 43, alinéa 3 nouveau de la loi sur la minorité. Ces dispositions évoquant les hypothèses d'ouverture de l'administration légale sous contrôle du juge des tutelles se réfèrent aux dispositions des articles 6 à 9 nouveaux. Il faut donc en conclure que le juge sera saisi par le parent qui met davantage de prix à ce que le désaccord soit réglé en considération de l'intérêt patrimonial de l'enfant, à savoir l'époux ou le parent le plus diligent. Ensuite, le juge territorialement compétent sera le juge des tutelles du ressort du domicile du mineur ou à défaut de la résidence de celui-ci. Dans sa fonction de contrôle des actions des parents, le juge des tutelles dont la compétence territoriale (on l'a relevé) est déterminée par le domicile ou la résidence du mineur<sup>88</sup> pourra convoquer tout administrateur légal afin de s'enquérir de l'intérêt de certaines opérations effectuées, lui adresser des observations, dans certains cas, des injonctions, et condamner au paiement d'une amende civile ceux qui sans excuses légitimes n'y auront pas déféré<sup>89</sup>.

Tout comme nous l'avons relevé, certains actes de l'administrateur légal, bien que relatif à l'aliénation de certains biens du mineur peuvent être autorisés dès lors que leur réalisation porte le sceau du double consentement des parents qui exercent en commun l'autorité parentale. Une telle posture apparaît tout aussi différente pour une dernière catégorie d'actes qui s'entendent également d'actes de disposition, mais dont la gravité est beaucoup plus prononcée en

---

laissée à l'époux le plus diligent même si en droit sénégalais l'art. 277, alinéa 2 du Code de la famille semble ne faire référence qu'à la mère titulaire subsidiaire de la puissance paternelle.

<sup>88</sup> Voir également dans ce sens, l'art. 424 du Code du béninois des personnes et de la famille.

<sup>89</sup> Code civil français, art. 388-3, alinéa 2 et 3 ; Code de procédure civile, art. 1230.

termes de préservation des intérêts patrimoniaux du mineur. Leur accomplissement, abstraction faite de l'accord conjoint des deux parents, n'est admis que sous le contrôle du juge agissant dans l'intérêt de l'enfant mineur.

Se distinguant indéniablement des actes abordés précédemment, ces actions d'importance plus graves sont de manière négative nommément désignées par le législateur ivoirien. Même d'un commun accord, les père et mère ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter un emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, ni consentir à un partage amiable, sans l'autorisation du juge des tutelles<sup>90</sup>. Ces actes de disposition spécifiés par la loi ne peuvent être accomplis par les père et mère, même d'un commun accord, qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. Si à défaut de cette soumission préalable de l'acte à l'appréciation du juge, les parents les accomplissent au préjudice du mineur, les deux parents qu'ils aient agis unilatéralement ou conjointement, en seront solidement responsables. Ils encourent de ce fait une condamnation *in solidum* à des dommages et intérêts au profit du mineur. Le parent non fautif ici faisant les frais de son manque de promptitude, de sa négligence, voire de son inertie<sup>91</sup>.

On peut s'interroger sur le sort qui sera réservé aux parents-coadministrateurs lorsqu'ils accomplissent sans l'autorisation préalable du juge des tutelles, les actes précédemment énumérés, et que leurs actions soient d'ailleurs profitables au mineur. Le législateur semble muet sur la question<sup>92</sup>, mais il demeure toutefois que s'il entend engager *solidement*<sup>93</sup> la responsabilité des deux parents, cela

---

<sup>90</sup> Art. 44 alinéa 4 nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité. Voir également dans ce sens le Code des personnes et de la famille béninois en son art. 450, alinéa 3.

<sup>91</sup> *Infra* n° 93, p. 17.

<sup>92</sup> L'art. 44 *in fine* dispose que : « Si l'acte cause un préjudice au mineur, les deux parents en sont solidement responsables ».

<sup>93</sup> Le législateur béninois dans les termes de l'art. 450 *in fine* contrairement à celui de 2019 en Côte d'Ivoire, utilise le terme « solidairement » pour évoquer la responsabilité que courent les parents fautifs en cas

s'explique par le seul fait qu'au sens de la loi la gravité de tels actes devrait susciter les inquiétudes de l'autre parent qui devrait dans une telle hypothèse le dénoncer. Les parents administrant en principe les biens de l'enfant en bon père de famille, dans le cas contraire, leur complicité serait présumée. Tout parent coadministrateur qui ne se reconnaît pas dans les actes en causes pourrait, par tout moyen, faire la preuve de son innocence et conduire le juge à envisager des mesures rigoureuses. Parmi ces mesures fermes, on pourra retenir la transformation de l'administration légale en une tutelle ou alors, le retrait partiel ou total de l'exercice de l'autorité parentale au parent fautif. Ce qui devrait aboutir à un cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale par le parent le plus soucieux des intérêts de l'enfant (B).

***B. Une immixtion en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale***

L'intérêt de l'enfant, permet par ailleurs, au juge d'intervenir rigoureusement dans l'exercice de l'autorité parentale en rompant un principe essentiel qui est la cogestion par les père et mère. Ce qui caractérise l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, c'est le regroupement entre les mains d'un seul parent de tous les attributs qui en découlent. En la matière, la jurisprudence de manière constante confirme une prescription légale qui est que celui qui a la garde des enfants mineurs recueille corrélativement les autres attributs de l'autorité parentale et les exerce unilatéralement dans l'intérêt de l'enfant (1). Mais parfois, la garde peut être détachée des autres attributs de l'autorité parentale (2).

---

d'accomplissement d'un actes de dispositions interdit sauf à requérir l'autorisation du juge des tutelles. Ce vocable laisse donc entendre que les parents se soient formellement entendus pour accomplir l'acte. Qu'il y ait eu collusion entre ces derniers de sorte qu'on ne puisse les condamner que solidairement. Quant au législateur ivoirien, il semble pour ainsi dire sanctionné le parent non fautif pour manque de diligence et surtout pour son inertie.

1. *Le rattachement de la garde avec les autres attributs de l'autorité parentale concernant l'enfant légitime*

La garde constitue en droit ivoirien un attribut essentiel de l'autorité des père et mère au point que certaines dispositions législatives<sup>94</sup> dans leurs formules tendent soit à l'assimiler à son contenant à savoir l'autorité parentale, soit à déterminer les autres attributs de l'autorité parentale comme de simples agrégats du droit de garde. Cette démarche trouve son explication dans des conceptions sociologiques. Ces conceptions reconnaissent naturellement à celui des parents avec qui cohabite effectivement l'enfant, le droit d'exercer à son égard toute autorité. Dans son principe, la garde suppose une vie commune entre l'enfant et celui des parents qui l'a réellement reconnu et recueilli. Plus largement, la garde suppose, déterminer le lieu où vit l'enfant, car les parents peuvent aussi mettre l'enfant en pension, en internat scolaire ou le placer dans un établissement<sup>95</sup>. Elle emporte en outre, la direction, la surveillance, l'entretien et l'éducation de l'enfant. Dans des cas à tout le moins non souhaitables, la garde comporte aussi pour le parent qui l'exerce, le droit de faire prendre à l'égard de l'enfant toute mesure d'assistance éducative, consentir à son adoption, à son émancipation dans les conditions fixées par la loi ; et enfin, administrer ses biens et disposer par ailleurs des revenus qui les accompagnent.

Cette présentation faite, on précisera que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale se produit à l'égard de l'enfant légitime selon diverses circonstances lorsque : ses père et mère sont décédés ; s'il se

---

<sup>94</sup> Cf. art. 6 qui dispose que : « Si les père et mère sont divorcés, séparés de corps ou en résidence séparée, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le juge a confié la garde de l'enfant ». Cette conception de la garde de l'enfant n'est pas spécifique au législateur ivoirien, elle est également comme le fait remarquer le professeur M'Ba-Owono, celle du droit gabonais. Dans ce système juridique, l'art. 499 du Code civil dispose que : « lorsque le mariage est dissout par le divorce ou lorsque les époux sont séparés de corps, l'autorité est exercée par celui qui a la garde des enfants (...) ». In Charles M'Ba-Owono, *Précis de droit civil gabonais, les personnes – les incapacités*, Dianoïa édition, Paris, 2019, p. 479.

<sup>95</sup> Gérard CORNU, *Droit civil-La famille, op. cit.*, n° 2 p. 162.

trouve dans l'une des situations énumérées à l'article 11, nouveau selon différentes hypothèses ; enfin, lorsque ses père et mère sont divorcés ou séparés de corps, sans qu'ils aient été appelés par un jugement à exercer en commun l'autorité parentale. Les enfants du divorce ne sont plus aujourd'hui qu'une partie d'un plus vaste problème : celui des enfants dont les parents, mariés ou non mariés, vivent séparément<sup>96</sup>.

Partant, les premières hypothèses qui ressortent de la loi<sup>97</sup> sont celles selon lesquelles l'exercice unilatéral de l'autorité parentale est consécutif à un relâchement ou à une rupture pure et simple du lien matrimonial. Le rattachement ou l'agrégation de la garde avec les autres attributs de l'autorité parentale emportant l'exercice unilatéral, non exclusif, mais partagé, de l'autorité des père et mère, fait d'abord suite à un divorce<sup>98</sup> ou à une séparation de corps dûment constatés par un juge. Le législateur de ce fait, les décrit dans les dispositions de l'article 6 selon trois figures d'atteinte au lien matrimonial à savoir le divorce, la séparation de corps et enfin le cas des parents vivants de fait ou de droit, en résidence séparée. L'idée essentielle qui émerge de l'alinéa premier du texte précité est que, si le divorce ou la séparation de corps a été prononcé l'autorité parentale sera exercée par celui des parents à qui la garde a été confiée.

Nonobstant son caractère exceptionnel, mis en parallèle avec l'exercice en commun, cette modalité d'exercice de l'autorité parentale est encore fréquente : il est presque impossible d'y réchapper lorsque

---

<sup>96</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Defrenois Lextenso éditions, Coll. « Droit civil », Philippe MALAURIE, Laurent AYNES (sous la direction de), Paris, 2011, p. 311.

<sup>97</sup> Cf. art. 6 de la loi de 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité en Côte d'Ivoire (*JORCI* n° 11 du 16 juillet 2019).

<sup>98</sup> Au titre des effets du divorce sur les enfants, le législateur béninois prévoit dans les dispositions de la loi n° 2002-07 du 7 juin 2002 en son art. 265 que : « La garde des enfants issus du mariage est confiée à l'un ou l'autre des époux, en tenant compte uniquement de l'intérêt des enfants. // A titre exceptionnel, et si l'intérêt des enfants l'exige, la garde peut être confiée, soit à une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit si cela s'avérait impossible, à toute autre personne physique ou morale. »

l'enfant devient l'enjeu d'un divorce ou d'une séparation de corps prononcé entre deux époux. L'intérêt de l'enfant devenant une construction hypocrite ou tout au moins biaisée : il est l'intérêt d'un adulte<sup>99</sup>, il revient donc au juge de poser des garde-fous en sauvegarde de celui-ci. C'est certainement dans cette optique que le magistrat, sur le fondement de critères qu'il aura lui-même défini, confiera la garde de l'enfant à un seul parent. Au Maroc notamment, l'article 175 permet au juge de déroger à la hiérarchie légale relative à la garde de l'enfant et de se référer à l'intérêt de l'enfant pour déterminer qui est le plus apte à assumer cette charge<sup>100</sup>. La simple invocation de l'intérêt de l'enfant devrait pour ainsi dire, suffire à justifier le choix d'attribuer la garde des enfants et consécutivement les autres attributs de l'autorité parentale à un seul parent afin que celui-ci les exerce unilatéralement. Et une telle décision motivée par l'intérêt de l'enfant selon la jurisprudence ivoirienne serait juridiquement fondée<sup>101</sup>.

Le critère dominant dans l'attribution de la garde sans être le gain du divorce au tort de l'autre époux, est l'intérêt de l'enfant dans son ampleur et sa diversité, non seulement son intérêt présent, mais aussi futur, évolutif par conjecture de ce qu'il aurait intérêt à être devenu à l'âge adulte<sup>102</sup>. De même qu'un parent pourrait bénéficier d'une décision en divorce prononcé à son profit et subséquentement obtenir la garde des enfants<sup>103</sup> ; de même, un autre parent pourrait succomber dans la décision en divorce ou en séparation de corps prononcée à ses

---

<sup>99</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, 2<sup>ème</sup> édition, coll. « Droit civil », Paris, Défrenois, 2006, n° 911, p. 358.

<sup>100</sup> Méлина DOUCHY-OU DOT, art. précité n° 1, p. 634

<sup>101</sup> Voire dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 290 en date du 8 avril 2010, ETTY Rène Marguerite Conception épouse AHOUMA C./ AHOUMA Tedjé Joseph.

<sup>102</sup> Jean CARBONNIER, Catherine LABRUSSE-RIOU (sous la direction de), *Droit civil - 2/ la famille, l'enfant, le couple*, coll. Thémis droit privé, 20<sup>ème</sup> édition, PUF, Paris, 1999, p. 603.

<sup>103</sup> Voy. Dans ce sens : Section de Tribunal d'Adzope (Côte d'Ivoire), jugement n° 29 en date du 9 mars 2002, DELAHAYE Jean Claude C./ Mme DALAHAYE née KONAN Amenan Solange.

torts, et obtenir malgré tout, la garde des enfants. Le juge peut en outre, prononcer le divorce aux torts exclusifs d'un parent et malgré tout attribuer la garde de manière distributive à chacun des deux parents, certains enfants au père et les autres à la mère pour tenir compte de leur jeune âge participant de leur intérêt<sup>104</sup>.

L'idée est que le juge ne fasse pas le jeu des parents et qu'il ne soit guidé que par l'intérêt de l'enfant s'agissant de l'attribution de la garde à l'un ou à l'autre parent. Ce qui importe est que celui des parents à qui la garde sera confiée soit ce dernier qui remplisse les critères recherchés par le juge dans la satisfaction des intérêts tant moraux<sup>105</sup> que matériels de l'enfant. À partir du moment où l'époux à qui la garde des enfants n'aurait pas été confiée ne formule aucune contestation relative au choix du juge, ce dernier prononce la garde en faveur de l'autre parent qui se voit par là même, désigné attributaire des autres attributs de l'autorité parentale et cela, par agrégation<sup>106</sup>. Lorsqu'une contestation est formulée, il est du rôle du juge de rechercher l'intérêt de l'enfant dans sa prise de décision<sup>107</sup>. C'est ainsi

---

<sup>104</sup> Section de tribunal de Bouafle (Côte d'Ivoire), jugement n° 51 en date du 22 mai 1996, AKPRO Agboudjou Moïse C/ Mme AKPRO née SIE Essi Jacqueline. Voy. Également : CAA (Côte d'Ivoire), arrêt n° 189 en date du 9 février 2001, Mme RICHMOND Kouassi Julienne Rose C./ M. KOUASSI Kouamé.

<sup>105</sup> Le juge a parfois considéré l'intérêt affectif comme celui participant de l'intérêt de l'enfant pour désigner la mère attributaire de la garde par-delà détenant l'exercice unilatéral des autres attributs de l'autorité parentale, le père conservant un large droit de visite. Voy. dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 030 en date du 15 janvier 2009, Mme KOUAKOU N'GUESSAN épouse YASOUNGO c./ YASOUNGO Ouattara.

<sup>106</sup> Voir dans ce sens, CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 06 en date du 09 mars 2006, Mme KOBLAVI Azovi Mathilde C./ KOUASSI Koffi Paul. Dans cette espèce le juge constatant la non conciliation des époux, a confié provisoirement la garde des enfants en bas âge à leur mère dès lors que le père n'y faisait aucune objection. Voy. également dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 126 en date du 04 mars 2004, DIAKITE née HARDING Yolande C./ DIAKITE COTY Souleymane.

<sup>107</sup> Et cette quête pourrait aboutir à une solution après enquête menée par les services sociaux sur injonction du juge. Voy. dans ce sens : CSCJ (Côte



qu'un juge en considération de l'intérêt de l'enfant mineur a pu en confier la garde à la mère dès lors que le père en raison de ses obligations professionnelles le rendant absolument indisponible pour son enfant en confiait la garde de fait à une tierce personne<sup>108</sup>. En l'espèce comme c'est le cas pour l'arbitre, dans une compétition sportive, ce principe a permis au juge de recadrer les prétentions des parents par un arbitrage juridique préservant l'intérêt de l'enfant.

Remarquons enfin que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant légitime dont les parents sont déliés du mariage ne s'entend pas d'un exercice exclusif, mais plutôt d'un exercice unilatéral. Sauf cas particulier, l'intérêt de « l'enfant du divorce » serait non seulement de conserver des relations personnelles avec chacun de ses parents (ce que la convention internationale relative aux droits de l'enfant [article 10 § 2] (...), érige en droit de l'enfant et que la Cour européenne des droits de l'homme protège avec vigueur au nom du droit au respect de la vie familiale), mais encore d'être éduqué par ses deux parents malgré leur séparation<sup>109</sup>. Le parent déchargé de la garde et des autres attributs de l'autorité parentale conserve par ailleurs certaines prérogatives à savoir le droit de consentir à l'adoption de l'enfant et à son émancipation dans les termes fixés par la loi<sup>110</sup>. Bien qu'ayant perdu la garde, on lui reconnaît cependant des droits et des obligations que sont, le droit de

---

d'Ivoire), arrêt n° 509 en date du 10 novembre 2000, Dame AMANI Adjoua C./ KOUADIO Koffi.

<sup>108</sup> Section du Tribunal de Toumodi (Côte d'Ivoire), jugement n° 30 en date du 14 février 2002, FOSSOU Paul Lucien Kamenan C/ KOUAKOIU Aya Jeanne. Dans cette espèce le père confiait la garde de fait l'enfant à sa grande mère sans faire la preuve de ce que l'intérêt de l'enfant exigeait qu'il refuse ce droit à la mère. Cette dernière a pu donc obtenir du juge l'attribution de la garde au dépend du père et du tiers gardien de fait de l'enfant.

<sup>109</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, ouvrage précité n° 1, p. 311.

<sup>110</sup> Cf. art. 120 et s. de la loi n° 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité en Côte d'Ivoire (*JORCI* n° 11 du 16 juillet 2019).

visite<sup>111</sup> -plus ou moins large- et de surveillance de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par l'autre. Au titre des obligations qui perdurent à la charge du parent non gardien, on précisera qu'en principe il doit continuer de contribuer à l'entretien de l'enfant dont il n'a pas la garde. C'est ce qui justifie qu'il succombera en règle générale au paiement d'une pension alimentaire déterminée au prorata de son revenu principal par le juge. Un auteur précise relativement aux droits, en l'occurrence le droit de surveillance, qu'il ne s'agit pas pour le parent de s'ingérer dans l'éducation de l'enfant, mais d'être plutôt informé<sup>112</sup> des décisions importantes en lien avec à la formation scolaire et professionnelle, intellectuelle et religieuse. En aucun cas, le parent ne peut exiger d'être informé sur tous les détails de la vie de l'enfant<sup>113</sup>.

Le rattachement de la garde avec les autres attributs de l'autorité parentale emportant l'exercice unilatéral de l'autorité des père et mère peut ensuite être consécutif à l'incapacité de l'un des parents ou même à son décès. Elle peut également résulter de l'expression d'un accord de volonté des parents. Il s'agit des cas de dévolution de l'autorité parentale au seul parent qui est encore capable de l'exercer, à celui des parents encore vivant ou encore à un tiers lorsque les parents n'y satisfont plus ou lorsque simplement l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le législateur prévoit dans les termes de l'article 8 nouveau que « Si celui des père et mère ayant été investi de la garde de l'enfant décède ou se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 11, l'autorité

---

<sup>111</sup> Section de Tribunal de Katiola (Côte d'Ivoire), jugement n° 44 en date du 8 juin 2000, Sylvestre DIOMANDE C./ Dame DIOMANDE née Massa KONE.

<sup>112</sup> Relativement au droit d'information du parent non gardien, nous ajouterons en outre qu'il n'est pas question pour celui-ci d'épier le parent qui en a la garde par des interrogatoires à peine voilés de l'enfant lorsqu'il est en visite chez lui ou qu'il le reçoit au titre de son droit d'hébergement de l'enfant selon un chronogramme déterminé par le juge. Sur le droit de visite et d'hébergement alloué au parent non gardien voy. CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 3 en date du 15 janvier 2009, Mme KOUAKOU N'GUESSA épouse YASOUNGO C./ YASOUNGO Ouattara.

<sup>113</sup> Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris 2009, p. 204.

parentale est dévolue de plein droit l'autre parent »<sup>114</sup>. Il s'en infère d'une part que l'autorité parentale et la garde sur les enfants légitimes ou naturels seront dévolues de plein droit au parent survivant même si auparavant il n'en était pas investi. Cette solution à notre sens va de soi, car il est de principe que ce soit les père et mère qui exercent personnellement les attributs de l'autorité parentale. Alors si un d'entre ces derniers fait défaut, l'autre doit assurer. Au demeurant, un parent perdra l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté dans l'occurrence d'une maladie invalidante notamment, ou lorsqu'il se trouve dans un cas de doute quant à l'existence de la personnalité -l'absence<sup>115</sup>, la disparition<sup>116</sup>- et même un simple cas d'éloignement. En pratique, le parent qui n'en avait pas auparavant la garde devrait s'investir automatiquement dans la garde et l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale. Il pourra de ce fait recueillir l'enfant en sa résidence. Mais à notre sens, il faudrait que le juge intervienne afin d'éviter toutes frictions qui pourraient naître avec ceux que l'alinéa 2 de l'article 8 nomme par l'expression « tout intéressée <sup>117</sup> ». Ces derniers pourraient solliciter et obtenir la garde de

---

<sup>114</sup> Cf. en droit français, art. 373-1 de la loi n° 2002-305 du 2 mars 2002 relative à l'autorité parentale portant modification du Code civil en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale.

<sup>115</sup> L'absence est la situation d'une personne dont on ne sait si elle est vivante ou morte car elle n'a pas donné signe de vie depuis longtemps sans qu'aucun fait ne permette de conclure à son décès. (Cf. en droit français art. 112 à 132 du Code civil)

<sup>116</sup> La disparition est la situation de la personne dont on a perdu la trace dans des circonstances telles qu'elles permettent de penser que cette personne est morte, même si l'on n'a pas retrouvé son corps. Cette situation permet de dresser, sous contrôle du juge (...), une déclaration judiciaire de décès qui emporte tous les effets du décès (dissolution des unions, transmission du patrimoine etc.), Cf. en Côte d'Ivoire, art. 70 de la loi n° 2018-862 du 19 novembre 2018 relative à l'état civil (*JORCI* n° 101 du 17 décembre 2018).

<sup>117</sup> Cf. art. 8 alinéa 2 de la loi sur la minorité qui dispose que « Toutefois, dans l'intérêt exclusif de l'enfant, le juge peut décider, à la requête de *tout intéressé*, de confier sa garde à toute autre personne ». En termes d'intéressés, il peut s'agir des grands parents, des oncles et tantes ou de toute personne liée de près ou de loin à l'enfant. Il peut même s'agir du procureur de la république. Voy. en droit français l'art. 373-3 alinéa 2 du Code civil

l'enfant sans toutefois faire perdre aux parents l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale. Ce serait là une hypothèse de détachement de la garde des autres attributs qui est très perceptible, lorsque considérée à l'égard de l'enfant naturel (2).

*2. Le détachement de la garde des autres attributs de l'autorité parentale concernant l'enfant naturel*

Comme pour l'enfant né du mariage de ses père et mère, l'intérêt de l'enfant constitue un motif légitime d'intervention du juge dans l'hypothèse de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant naturel. Cet enfant est perçu selon la loi ivoirienne sur la minorité sous deux angles : lorsqu'il est né alors que ses parents ne furent pas mariés et que sa filiation n'avait été établie qu'à l'égard d'un seul de ses père et mère ; et lorsque sa filiation a été établie à l'égard de ses deux parents à la fois, sans que ces derniers ne soient unis dans les liens du mariage légal, mais qu'ils partageraient malgré tout une communauté de vie.

Dans le second cas, et pour se rapprocher de la réalité sociologique, il pourrait s'agir d'hypothèse de la famille naturelle où la filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents serait établie en présence d'une vie commune, mais non encore légitimée. Là encore, le principe est que l'autorité parentale soit exercée conjointement<sup>118</sup> par les deux parents à la seule condition que la filiation de l'enfant ait été simultanément établie à l'égard de chacun de ses père et mère. L'alinéa 2 de l'article 9 nouveau prévoit dans ce sens que lorsque la filiation a été établie à l'égard de la mère et du père, l'autorité parentale est exercée par les deux parents. On peut y voir clairement l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents sauf que dans ce cas il s'agit d'une famille naturelle. En situation normale, surtout lorsque les parents naturels cohabitent comme c'est le cas dans une union dite libre, point besoin de s'interroger sur la question de savoir qui, des deux exerce l'autorité, puisqu'à la fois ils ont ensemble la

---

relativement à l'attribution de la garde provisoire d'un enfant à un tiers, en cas de décès de celui des parents à qui la garde avait été confié.

<sup>118</sup> Cf. art. 9, alinéa 2 de la loi ivoirienne sur la minorité.

garde de l'enfant, et en conséquence exercent en commun les autres attributs autant sur la personne que les biens de l'enfant. C'est seulement quand cette vie commune de vient à se rompre que les interrogations surgissent. Qui des deux parents aura la garde et l'exercice de l'autorité parentale ?

À notre sens, l'alinéa 2 de l'article 9 nouveau de la loi sur la minorité devrait en théorie pouvoir s'appliquer sauf qu'à y voir de plus près, on se rend bien compte que cet exercice en commun de l'autorité parentale est difficilement envisageable. Car s'il est vrai que les deux parents ayant reconnu l'enfant conservent tous leurs droits et obligations vis-à-vis de l'enfant, il est d'autant plus vrai que ce serait à celui qui en aura la garde effective que reviendra véritablement l'exercice du plus gros lot des attributs de l'autorité parentale<sup>119</sup>. L'autre parent ne conservant qu'une infime partie des droits et obligations inhérents à l'autorité parentale. C'est clairement là un cas de détachement de la garde des autres attributs de l'autorité parentale.

Le juge saisi par le parent le plus diligent désigne en considération de l'intérêt de l'enfant généralement la mère surtout lorsque l'enfant est d'un jeune âge ; Le bas âge de l'enfant participant pour beaucoup dans la préservation de ses intérêts. C'est ladite solution qui est adoptée par la jurisprudence<sup>120</sup> ivoirienne en la matière. Cependant, sous l'empire de la puissance paternelle, à partir du moment où il revenait de droit au père d'exercer la puissance paternelle<sup>121</sup> et cela à titre principal, à moins que la mère fasse la preuve de l'existence de motifs graves qui justifieraient un retrait des mains du père, c'était à

---

<sup>119</sup> Cour d'appel de Daloa (Côte d'Ivoire), arrêt n° 160 en date du 30 juillet 1997, Dan SADIA C./ Dame BADIA Bousselou Sylvie.

<sup>120</sup> Voy. dans ce sens CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 379 en date du 14 juin 2001, OYEKOLA Oyekade Aisaha C./ TOURE Mahahoua. Voy. également : Tribunal de première instance de Bouaké (Côte d'Ivoire), jugement n° 116 en date du 6 mars 1992, Mme TRAORE née OUFFOUET Akissi C./ TRAORE Yacouba.

<sup>121</sup> Cf. art. 21-7<sup>ème</sup> de la loi n° 70-483 du 3 août 1970 relative à la minorité.

ce dernier que la garde était confiée en cas de dissension entre les parents non mariés<sup>122</sup>.

Désormais, prétexte pris de l'égalité voulue entre les époux et dans une large mesure entre les parents tout simplement, la garde de l'enfant devrait être décidée en considération du seul intérêt de celui-ci. Ainsi s'il s'élève un conflit entre les père et mère relativement à l'exercice de l'autorité parentale, le juge saisi par le parent le plus diligent devrait statuer en considération de l'intérêt de l'enfant<sup>123</sup>. La jurisprudence ivoirienne sur cette question aura pris le pas sur le contenu de la loi puisque déjà avant 2019, les juges n'attribuaient l'exercice de l'autorité parentale qu'en considération de l'intérêt de l'enfant comme en témoignent plusieurs décisions rendues en la matière<sup>124</sup>.

Le législateur ivoirien fournit en outre le régime d'exercice unilatéral de l'autorité parentale de l'enfant naturelle dont la filiation a été établie à l'égard d'un seul de ses père et mère. À défaut d'union légitime des père et mère, l'autorité parentale sera exercée par celui des parents à l'égard duquel la filiation aura été établie. La question ne semble pas se poser en droit ivoirien pour la mère à partir du moment où son nom sera identifié sur l'extrait d'acte de naissance de l'enfant, c'est à elle que devrait revenir l'exercice de l'autorité parentale. Il demeure cependant que le père peut refaire surface et

---

<sup>122</sup> A l'ère de la puissance paternelle, l'intérêt de l'enfant constituait un contrepois contre l'exercice exclusif par le père des attributs de la puissance paternelle. Seul l'intérêt de l'enfant pouvait influencer la décision du juge qui consistait fréquemment à attribuer la garde et l'exercice de la puissance paternelle au père. CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 416/07 en date du 12 juillet 2007, Dame FAKHRY Manife Mohamed C./ AYOUB Mohamed ; CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 152 en date du 04 mars 2001, N'GUESSAN N'Guessan Ariane C./ COHEN Igaël.

<sup>123</sup> Cf. art. 9, alinéa 3 nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité.

<sup>124</sup> Voy. dans ce sens *supra* n° 121. Voy. également : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 114 en date du 8 mars 2007, ESSE N'Gbesso Gisèle C/ EKISSI Yapou Jean. L'intérêt de l'enfant se réalisant également par une bonne éducation scolaire, les enfants seront confiés à une mère qui en prend correctement soin dans ce sens : CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 498 en date du 4 octobre 2007, KOFFO Koffi Mathieu C./ BEDIA Amalan Marthe.

reconnaître l'enfant. Dans un tel cas de figure à qui devrait-on attribuer le droit d'exercer les attributs de l'autorité parentale ?

La loi ivoirienne ne semble pas vouloir distinguer entre le parent qui aura reconnu en premier l'enfant et l'autre dont la reconnaissance interviendrait plus tard. De notre point de vue, tout comme cela se fait ailleurs, en de telles circonstances, la garde devrait être dissociée de l'exercice des autres attributs de l'autorité parentale. Le premier à reconnaître l'enfant devrait en conserver la garde et les attributs subséquents<sup>125</sup> -la direction, la surveillance, l'entretien l'instruction et l'éducation de l'enfant outre l'administration légale sous contrôle judiciaire<sup>126</sup>- et le second, un large droit de visite assortie d'une contribution financière conséquente à l'entretien matériel de l'enfant<sup>127</sup>. Les deux parents devraient se partager au même titre les droits traditionnels de l'autorité parentale<sup>128</sup>.

On pourrait en outre se pencher sur la question des parents naturels vivants en résidence séparée. On admettra l'application en pareille occurrence des règles qui président à l'exercice de l'autorité des père et mère à l'égard des enfants dont la filiation est établie simultanément à l'égard de leurs deux parents vivants en résidence séparée. Le droit ivoirien paraît plus avancé sur la question puisqu'il ressort de l'économie de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 6 que : « Si les père et mère sont (...) *en résidence séparée*, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le juge a confié la garde de l'enfant ». Le juge ivoirien l'aura parfaitement compris, car en pareille circonstance, la garde sera confiée de manière distincte, tantôt au père tantôt à la mère, en considération de l'intérêt de l'enfant selon que son jeune âge détermine son intérêt<sup>129</sup>, que les moyens financiers de l'un ou de l'autre parent y soient pour beaucoup ou enfin selon que son

---

<sup>125</sup> Cour d'Appel de Daloa (Côte d'Ivoire), arrêt n° 160 en date du 30 juillet 1997, DAN Sadia C./ Dame BADIA BOUSSELOI Sylvie.

<sup>126</sup> CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 405 en date du 03 juillet 2003, GUEYE Assetou C./ HALLANY Kouassi Joseph Guy.

<sup>127</sup> *Infra* n° 126.

<sup>128</sup> Le droit de consentir à l'adoption et au mariage du mineur.

<sup>129</sup> CSCJ (Côte d'Ivoire) arrêt n° 379 en date du 14 juin 2001, OYEKOLA Oyekade Aisaha C./ TOURE Mahahoua.

éducation scolaire<sup>130</sup> le commande. Comme c'est le cas pour les enfants dont les parents sont séparés de corps ou divorcés, l'autorité parentale à l'égard de l'enfant naturel reconnu par ses deux parents par ailleurs en résidence séparée sera assurée par celui d'entre eux à qui le juge aura confié la garde<sup>131</sup>.

On précisera enfin, que la garde de l'enfant puisse être également dissociée des autres attributs de l'autorité parentale relativement à l'enfant naturel dans les cas de déchéance ou de délégation de l'autorité parentale. Pour ce qui est des cas de déchéance, le législateur ne semble pas distinguer entre un enfant légitime et un enfant naturel. Il précise simplement que « lorsque l'enfant a été confié à un tiers (...) ». Il faut donc simplement rechercher les circonstances qui conduisent le juge à opter pour une pareille solution. En effet, dans le cas des enfants légitimes, la solution tient en principe dans le fait de confier l'enfant au parent qui n'était pas investi de l'exercice de l'autorité parentale. S'agissant de l'enfant naturel, surtout lorsque sa filiation n'a été établie qu'à l'égard d'un seul parent et que sa filiation à l'égard de son père soit l'objet d'un contentieux soumis à l'arbitrage du juge. Il peut arriver que la solution ultime soit d'en confier la garde à un tiers le temps que sa véritable filiation paternelle soit établie. Cette solution comme dans le cas de l'enfant naturelle reste provisoire et maintient toutefois le parent dont la filiation a été déjà établie, dans l'obligation de réaliser seul l'entretien de l'enfant.

Ensemble ou séparément, les parents naturels peuvent choisir enfin de confier la garde de leur enfant à une tierce personne dans le mécanisme de la délégation volontaire de l'autorité parentale ou même à, celui des parents qui n'en était pas investi. Ce procédé n'emporte par pas perte de tous les attributs de l'autorité parentale, puisque dans la déclaration de délégation, les père et mère ainsi que le

---

<sup>130</sup> CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 498 en date du 04 octobre 2007, KOFFO Koffi Mathieu C./ BEDIA Amalan Marthe.

<sup>131</sup> Art. 6 alinéa 1<sup>er</sup> nouveau de la loi ivoirienne sur la minorité.



tiers doivent préciser les attributs qui feront l'objet de la délégation ainsi que le temps que devrait durer cette délégation<sup>132</sup>.

Par certaines circonstances également, l'intérêt de l'enfant se porte en un outil de régulation des conventions (II).

## **II. L'intérêt de l'enfant, un outil de régulation des conventions entre époux**

Le mariage est d'abord affaires des époux qui ont librement consenti à s'unir. De ce fait, l'intérêt de l'enfant mis en porte à faux avec celui des conjoints peut paraître de moindre importance lorsque ces derniers passent ensemble des conventions en cours de vie matrimoniale ou quand vient à rompre ce lien. Mais, il ne faudrait pas s'y méprendre, car aux yeux du juge, à mesure que croît le besoin de contractualisation de la vie du couple ou encore lorsqu'intervient la dislocation, l'intérêt de l'enfant revêt soit la forme d'un outil d'évaluation des accords entre époux (A), soit la configuration d'un outil de restriction de la liberté conventionnelle des époux au moment de la rupture du lien matrimonial (B).

### **A. Un outil d'évaluation de la licéité des accords entre époux**

Si elles ne sont pas interdites par la loi sur le mariage, les conventions entre époux demeurent cependant sous haute surveillance du législateur. Leur validité est sujette à évaluation du juge qui est invité à les apprécier sur la base de standards tels que les bonnes mœurs, l'ordre public et surtout l'intérêt de l'enfant, principalement en fait d'approbation des conventions matrimoniales (1) ou d'homologation des accords en cas de relâchement du lien matrimonial (2).

---

<sup>132</sup> En dehors de ce cas de délégation volontaire existe également une hypothèse de délégation ordonnée par voie judiciaire telle que prévue dans les termes des art. 16 à 20 de la loi ivoirienne sur la minorité.

1. *Un standard d'approbation des conventions matrimoniales*

La liberté contractuelle trouve sa manifestation la plus reluisante en droit de la famille dans l'admission par le législateur de 2019 des conventions matrimoniales<sup>133</sup>. Désormais, les époux peuvent faire quant à leurs biens toutes les conventions qu'ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou aux dispositions de la loi de 2019<sup>134</sup>. Le constat en est que cette liberté des conventions matrimoniales souffre un certain nombre de restrictions qui viennent de ce qu'il existe un véritable statut des gens mariés, obligatoire et s'imposant à tous, quel que soit le contrat choisi par eux<sup>135</sup>. Ceux qui optent pour le régime de la séparation de biens peuvent, par une convention homologuée par le président du tribunal compétent ou passée par devant notaire ; organiser leurs rapports patrimoniaux. En somme, les futurs époux jouissent, en principe d'une liberté totale<sup>136</sup>, d'abord pour faire le choix d'un régime

---

<sup>133</sup> Cf. art. 58 alinéa 2 et 3 nouveaux de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

<sup>134</sup> Cf. art. 58, alinéa 2 nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire. Le législateur burkinabè ne dénie pas cette faculté aux candidats au mariage dans les termes de l'art. 311 du Code des personnes et de la famille selon lequel « Les époux peuvent faire quant à leurs biens toutes les conventions pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, ni aux dispositions qui suivent ».

<sup>135</sup> Jean CHAMPION, *Contrats de mariage, organisation juridique, stratégies patrimoniales*, 11<sup>ème</sup> édition, Delmas, Paris, 2003, p. 25. L'auteur précise relativement aux interdictions faites aux époux dans les conventions matrimoniales que : « Ils (parlant des époux) ne peuvent pas davantage : - modifier les règles relatives à la capacité des époux, par exemple, choisir comme régime matrimonial la séparation des biens et dire en même temps que la femme aura besoin d'une autorisation de son mari pour administrer ses biens ; // - Déroger aux règles de cogestion des biens sur lesquels la loi l'a prévu, ou encore modifier les règles de calcul des récompenses ou la réparation entre les biens propres ou biens communs ; // - Porter atteinte aux règles de l'autorité parentale : fixer, par exemple, dans le contrat, la religion des enfants à naître est illégal. »

<sup>136</sup> On peut conclure en outre que cette liberté pour organiser par convention les rapports patrimoniaux des époux pendant le mariage est ouverte au mineur lorsque celui-ci est habilité par ceux qui exercent sur lui l'autorité

matrimonial donné, ensuite pour l'aménager éventuellement<sup>137</sup>. Et cette possibilité d'aménagement prévue pour s'exprimer clairement dans les conventions matrimoniales devrait à notre sens tenir compte de l'intérêt de l'enfant dans sa construction.

Le sort du contrat de mariage est lié à celui du mariage lui-même : il n'a d'effet qu'à partir de la célébration de ce dernier<sup>138</sup>. Comme tous les contrats, il peut être annulé pour vice de forme, et c'est une nullité absolue<sup>139</sup>. Aux limites qu'en droit commun l'ordre public et les bonnes mœurs apportent à la liberté contractuelle, s'ajoutent pour le contrat de mariage certaines prohibitions découlant des règles du mariage ou des mécanismes fondamentaux du régime matrimonial<sup>140</sup>.

---

parentale, à se marier. Fort donc de cette habilitation, le mineur pourra consentir toutes les conventions matrimoniales avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Si des conventions ont été passées sans cette assistance, l'annulation pourra en être demandée par le mineur ou par les personnes dont le consentement était requis, jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra sa majorité. Cette hypothèse en droit ivoirien devrait surgir d'une interprétation de l'art. 4, 3 de la loi n° 2019-572 du 26 juin 2019 relative à la minorité en Côte d'Ivoire. En droit burkinabè voir l'art. 317 de la loi du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un Code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

<sup>137</sup> André COLOMBIER, *Droit civil, régimes matrimoniaux*, 10<sup>ème</sup> édition, Litec, Paris, 2000, p. 149. En principe, lorsque le mariage est célébré, aucune modification au nom de l'immutabilité du régime matrimonial n'est possible sauf à évoquer l'intérêt de la famille après avoir vécu sous le précédent régime de choix pendant au moins deux années. C'est ce qui ressort des dispositions de l'art. 61 nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

<sup>138</sup> Jean CHAMPION, *Contrats de mariage, organisation juridique, stratégies patrimoniales*, op. cit., n° 1 p. 27.

<sup>139</sup> *Idem*. On précisera en plus que le contrat de mariage peut également être annulé pour vice de consentement sur le terrain du droit commun des contrats, et cette nullité est relative. En droit français voy. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juillet 1995, *D.* 1996, jur. p. 233. En droit ivoirien, nous n'avons malheureusement pas été confrontés à une décision qui expose une telle situation, mais présentée au juge en Côte d'Ivoire, une telle cause ne devrait pas aboutir à un jugement ou à un arrêt différent dans son dispositif.

<sup>140</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrenois Lextenso éditions, coll. « Droit Civil », Paris, 2004, p. 88.

L'article 60 nouveau de la loi ivoirienne sur le mariage, en disposant que les époux ne peuvent, par convention, déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du régime matrimonial qu'ils ont choisi, restreint clairement la liberté des futurs époux quant à la détermination du contenu des clauses de leurs conventions matrimoniales. Pour comprendre et voir dans quel sens l'intérêt de l'enfant peut-il se révéler un standard d'approbation des conventions matrimoniales -fût-il subsidiaire- tant pour le notaire que pour le juge aux affaires familiales quand est émis le désir de changement de régime, il faut disséquer les régimes matrimoniaux prévus par le législateur ivoirien en leurs principes fondamentaux.

D'abord, au titre des principes qui gouvernent indistinctement la communauté et la séparation de biens ; on observera de prime abord que le principe d'immutabilité du régime matrimonial est d'ordre public. Dès lors, aucune stipulation conventionnelle ne pourrait y déroger sauf à avoir rempli les conditions de l'article 62, nouveau<sup>141</sup> de la loi relative au mariage. Le législateur évoque ici le seul intérêt de la famille dans lequel nous inclurons bien évidemment l'intérêt de l'enfant.

On observera ensuite qu'il ne serait pas possible par une convention de rétablir la gestion exclusive du ménage par le mari qui plus est, l'ancienne puissance paternelle en tant que mécanisme juridique de protection de la personne du mineur et de ses biens. D'autorité, le législateur impose une cogestion de la famille, quel qu'en soit le régime choisi, par les père et mère dans l'intérêt du

---

<sup>141</sup> Sur les conditions du changement du régime et par extension de la convention matrimoniale, il faudrait une lecture combinée des art. 61 : « Lorsque le mariage est célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial adopté par les époux que dans le seul intérêt de la famille. », et 62 « La requête en changement de régime matrimonial peut être présentée par les deux époux ou par l'un des époux après deux années d'application du régime adopté. Elle est introduite suivant les formes de droit commun devant le tribunal du domicile ou de la résidence des époux. »

ménage et des enfants<sup>142</sup>. Et ce principe de cogestion de la famille, on peut le dire, s'étend même à l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents. Ceux-ci exercent à titre principal, et ce, conjointement l'autorité parentale à l'égard des enfants et de leurs biens<sup>143</sup>. À moins qu'une quelconque modification ne ressortît d'une décision du juge, l'autorité parentale de ce fait ne saurait être exercée, conformément à une stipulation conventionnelle, unilatéralement par un seul parent ; car il y va de son intérêt que ses père et mère s'impliquent conjointement dans sa garde, sa surveillance, son entretien, son instruction et son éducation. Une stipulation conventionnelle qui prévoirait pour tout dire que l'autorité parentale en dehors de toute autorisation du juge serait exclusivement exercée par un seul parent serait nulle et de nul effet.

Accueillir un enfant chez soi est la première marque de l'intérêt portée à ce dernier par ses père et mère. Et c'est au sein de la résidence de famille que sont efficacement mis en œuvre les attributs de l'autorité parentale que sont la direction, la surveillance, l'entretien et l'éducation de l'enfant. A partir du moment où le domicile de famille est choisi d'un commun accord par les époux<sup>144</sup>, et que ce choix emporte également domiciliation de l'enfant à la résidence effective de ses parents<sup>145</sup>, c'est tout naturellement qu'un époux ne pourrait par une clause contenue dans une convention matrimoniale passer outre le consentement de l'autre lorsqu'il entend disposer des droits par lesquels est assuré le logement de famille ni des meubles meublants dont il est garni.

---

<sup>142</sup> Cf. art. 51 alinéa 1<sup>er</sup> nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

<sup>143</sup> L'exercice en commun de l'autorité des parents sur la personne de leurs enfants emporte administration légale pure et simple des biens des enfants et dispositions des revenus desdits biens par les parents.

<sup>144</sup> Cf. art. 56 alinéa 1<sup>er</sup> nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

<sup>145</sup> Cf. art. 108, alinéa 2 du Code civil de 1804 en ses dispositions rendues applicables en droit ivoirien depuis l'accession de la République de Côte d'Ivoire à l'indépendance le 7 août 1960.

Au titre de la contribution des conjoints aux charges du ménage et par extension à l'entretien des enfants, bien qu'il ne soit pas interdit que les époux règlent par contrat leurs différentes contributions aux charges du ménage, il reste que le contrat de mariage ne pourrait pas comporter de clauses léonines qui auraient pour effet d'imposer des charges insupportables à un époux. La ligne introductive de l'article 52 nouveau prescrit dans ce sens que les époux doivent contribuer aux charges du ménage à proportion des ressources dont ils ont chacun l'administration<sup>146</sup>. Le législateur dans les dispositions précitées a fait le choix d'une participation équitable des époux aux charges du ménage. Et une telle orientation favorable à l'équité plus tôt qu'à l'égalité dans la contribution à l'entretien matériel du ménage et des enfants s'explique certainement par des raisons évidentes. Très rarement, sinon presque jamais, les époux ne prétendent aux mêmes niveaux de revenus ; la femme pouvant disposer de plus d'argent que le mari et ce dernier pourrait prétendre à des biens de bien plus grande valeur que ceux détenus par l'épouse. Il était donc apparu plus convenable de donner sa faveur à la contribution équitable des époux. Dans un tel contexte, la contribution à l'entretien du ménage se percevant comme un baromètre vertueux d'appréciation de l'implication des père et mère à l'éducation et à la préparation de l'avenir de leurs enfants, il serait tout à fait logique que les clauses des conventions matrimoniales ne puissent pas contrarier ce principe en le dissolvant purement et simplement.

Le contrat matrimonial ne saurait non plus porter atteinte aux mécanismes fondamentaux du régime choisi. En droit ivoirien, le mariage a pour effet de créer entre les époux soit le régime de la communauté de biens, soit celui de la séparation de biens, si les époux n'ont pas réglé les effets pécuniaires de leur mariage par convention. Il s'ensuit que les époux peuvent par convention aménager la mise en œuvre pratique du régime pour lequel ils ont opté tant que les stipulations de leur contrat ne bouleversent pas les principes fondamentaux du régime choisi.

---

<sup>146</sup> Cf. art. 52 nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 portant mariage en Côte d'Ivoire.

Relativement à l'aménagement par convention du régime communautaire, le contrat des époux ne pourrait pas entre autres interdictions, sous quelques prétextes que ce soient, accorder l'administration exclusive des gains et salaires de chacun des époux à un seul d'entre eux sauf à en obtenir l'autorisation du juge. La dépréciation du patrimoine familiale pourrait sévèrement porter atteinte aux intérêts matériels du ménage et subsidiairement des enfants. C'est pourquoi le contrat de mariage des futurs époux<sup>147</sup> ne pourrait en aucune manière prévoir une stipulation en contradiction avec le principe du double consentement des époux s'agissant des actes de disposition de lourde portée pour le patrimoine de famille par extension pour le patrimoine des enfants dont les père et mère, du fait de l'administration légale pure et simple, auraient la gestion. À titre d'exemple, la convention matrimoniale sauvegardant les intérêts des enfants ne saurait prévoir une clause qui accorderait à un époux agissant seul, le droit d'engager sa famille sans l'accord de l'autre, dans des actes d'aliénation de biens communs ou de disposition de biens de la communauté ou appartenant à l'autre, ou encore souscrire un cautionnement ou une dette tels qu'ils sont prévus à l'alinéa 2 de l'article 82 nouveau de la loi sur le mariage<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Le contrat de mariage, comme le souligne la doctrine précisant de ce fait les termes de la loi, doit avoir été rédigé par acte notarié avant la célébration du mariage pour pouvoir prendre effet à compter de la date de célébration du mariage. Ce qui souligne indubitablement les liens étroits entretenus entre les conventions matrimoniales et la célébration du mariage.

<sup>148</sup> L'art. 82, alinéa 2 nouveau de la loi sur le mariage prévoit que « Toutefois, l'accord des deux époux est nécessaire pour : 1. aliéner ou grever de droits réels un immeuble, un fonds de commerce ou une exploitation dépendant de la communauté ; 2. aliéner des titres dépendant de la communauté inscrits au nom du mari ou de la femme ; 3. disposer de biens communs entre vifs à titre gratuit ; 4. donner à bail un immeuble commercial dépendant de la communauté ou passer un bail excédant plus de trois années sur un immeuble dépendant de la communauté ; 5. cautionner une dette d'un tiers ; 6. contracter un emprunt ». Le législateur dans l'alinéa 3 prévoit une action en nullité qui peut être initiée par l'époux qui n'a pas donné son consentement pendant l'année qui suit le jour où il a eu connaissance de l'acte. On peut donc se demander pourquoi le législateur limite le délai pour

Le contrat ne pourrait pas ensuite déroger au droit qu'à chaque époux de conférer à l'autre conjoint un mandat pour administrer ses biens propres durant le mariage<sup>149</sup>. Précisons en outre que ce mandat conjugal peut être tacite et produire les mêmes effets que le mandat présomptif reconnu à un parent lorsqu'il accomplit un acte usuel de l'autorité parentale dans ses rapports avec les tiers.

En France, depuis une loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités<sup>150</sup>, le changement de régime tel qu'il est réglementé par le nouvel article 1397 du Code civil, peut désormais résulter d'une simple convention notariée, la procédure d'homologation judiciaire, prévue par le droit antérieur, n'étant maintenue que dans certains cas particuliers<sup>151</sup>. Un tel effort de déjudiciarisation de la faculté de changer de régime matrimonial par la seule volonté des époux exprimée par-devant notaire ne serait-il pas envisageable dans l'environnement ivoirien ? Pour l'heure, une telle possibilité ne semble pas transparaître clairement des textes. Il reste cependant que les dispositions de l'article 58 alinéa 2 nouveau ainsi libellé : « les époux peuvent faire quand leurs biens toutes les conventions qu'ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux dispositions de la présente loi » semble ouvrir une lucarne dans ce sens. Sauf qu'à combiner cet alinéa 2 avec l'alinéa 3<sup>152</sup> qui le suit, l'on est en droit de

---

solliciter l'annulation de ces actes tels qu'ils sont interdits à un an. A notre sens, le législateur part du principe que si après une année dès lors que l'acte a constaté le conjoint qui ne l'avait pas autorisé n'agit pas, on devrait voir dans son inaction un témoignage de son acceptation, voire une sorte de ratification de sorte que l'acte devrait continuer de produire ses effets.

<sup>149</sup> Cf. art. 85 nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

<sup>150</sup> Ces réformes ont porté sur les art. 44, II et 47, I de la loi ainsi citée.

<sup>151</sup> Annie LAMBOLEY, Marie Hélène LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, 6<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, Coll. « Objectif droit – Cours ». Paris, 2011, p. 109.

<sup>152</sup> L'alinéa 3 de l'art. 58 nouveau prescrit que « Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte notarié avant la célébration du mariage et ne prendront effet qu'à dater de cette célébration ». Ces dispositions ne semblent pas ouvrir sur une quelconque possibilité de



douter de cette ouverture. C'est donc le lieu d'appeler le législateur ivoirien à davantage de clarté sur la question. Les juges ivoiriens pourraient également œuvrer dans ce sens si évidemment, à l'occasion d'une cause qui sera soumise à leur sagacité, une telle question est l'objet des prétentions des parties. Tout compte fait, dans l'hypothèse où la possibilité serait offerte aux époux de modifier leur régime matrimonial par le seul fait d'une convention passée par devant notaire<sup>153</sup>, le contenu de cet acte pour être validé devra suffisamment faire la preuve de sa conformité à la loi, à l'ordre public, aux bonnes mœurs et surtout, préserver les intérêts des époux et des enfants pour acquérir le statut de loi<sup>154</sup> des parties.

En ce qui concerne le régime séparatiste, l'article 101, nouveau prévoit que les époux qui optent pour ce régime peuvent par convention homologuée par le président du tribunal compétent ou passée par devant notaire, organiser leurs rapports patrimoniaux. Le principe fondamental dans la séparation de biens est que chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres, sous réserve d'assurer sa contribution aux charges du ménage. Il en ressort que le contrat de mariage ne pourrait pas imposer à un époux séparé de biens l'administration et la jouissance de ses biens par l'autre. En sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, la contribution aux charges du ménage pourrait en toute

---

changement de régime matrimonial en cours de vie matrimoniale par l'effet d'une convention passée par devant notaire. Elles évoquent plutôt les conventions matrimoniales qui, à défaut de choix opéré soit en faveur de la communauté, soit en faveur de la séparation de biens, permet aux époux en droit ivoirien d'aménager leurs futurs rapports pécuniaires par une convention matrimoniale passées avant la célébration du mariage.

<sup>153</sup> Tout comme c'est le cas en droit français le notaire dans ce cas de figure serait invité, au-delà de son rôle traditionnel de rédacteur de la convention modificative du régime matrimonial, et en l'absence de contrôle du juge, à mettre en œuvre les mesures de protection des époux et de l'intérêt des enfants telles qu'elles ont été instaurées par la loi.

<sup>154</sup> Le terme loi ici est perçu comme c'est le cas dans les termes de l'art. 1134 du Code civil dans ses dispositions encore applicables en droit ivoirien : « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites (...) ».

légitimité être aménagée par convention par les époux séparés de biens.

De même, dans la séparation de biens, le contrat ne pourrait pas interdire que des libéralités soient faites entre les époux séparés de biens. Cependant, si ces libéralités n'ont été faites que dans l'optique de la célébration du mariage, le défaut de célébration de celui-ci devrait naturellement emporter nullité de la libéralité. Sans préjudice des libéralités qui peuvent avoir lieu selon les cas et dans les formes déterminées par la loi, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions<sup>155</sup>. Enfin, le contrat de mariage ne pourrait pas valablement engager un époux séparé de biens devant des dettes souscrites personnellement par l'autre avant ou pendant le mariage à moins qu'il s'agisse d'une dette ménagère.

En fin de compte, les conventions matrimoniales présentent davantage d'intérêts pour les enfants qu'on le croirait de sorte que les notaires et les juges, en sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, devaient mettre un point d'honneur à l'homologation de celles qui offrent des garanties suffisantes de protection du mineur en sa personne et en son patrimoine.

En cas de relâchement du lien matrimonial, les accords passés entre époux seront également homologués par le juge en considération de l'intérêt de l'enfant.

## *2. Un standard d'homologation des accords en cas de relâchement du lien matrimonial*

Le seul cas de relâchement du lien matrimonial prévu en droit ivoirien est la séparation de corps<sup>156</sup>. Elle s'entend de l'état de deux

---

<sup>155</sup> Cf. art. 313 de la loi du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

<sup>156</sup> On pourrait opposer dans la société ivoirienne, la séparation de corps à la séparation de fait (qui suppose la réunion de deux éléments, un élément intentionnel, l'intention des époux de ne plus vivre ensemble pendant une période durable et un élément matériel, l'absence de cohabitation), pratique plus courante, qui dans l'esprit des époux qui s'y adonnent, constitue une pratique évidente de la rupture de l'obligation de cohabitation voire du lien

époux dispensés par le juge de vivre ensemble ; le mariage est maintenu, mais les époux n'ont plus à cohabiter. Les textes qui régissent cet état de relâchement du lien matrimonial sont assez laconiques, mais ils renvoient pour partie à la réglementation du divorce<sup>157</sup>. Et la jurisprudence a parfois admis l'extension analogique des dispositions du divorce à la séparation de corps.

Cela dit, l'éventualité des accords entre époux engagés dans une procédure en séparation de corps est prévue en droit ivoirien dans les termes de l'article 10 ter de la loi relative au divorce et à la séparation de corps. Ce texte expose en substance qu'en cours d'instance, les conjoints peuvent conclure entre eux toutes conventions réglant les conséquences du divorce ou de la séparation de corps sans exclusion de la liquidation de leur régime matrimonial. Et que ces conventions soient du reste, soumises à l'homologation du tribunal.

Ce texte paraît dans son contenu suffisamment libéral sauf qu'en le disposant en parallèle avec la loi de 2019 relative au mariage, on se rend bien compte que les conventions admises entre époux en instance de séparation de corps sont strictement encadrées par l'autorité de la loi. On peut à raison se demander pourquoi opposer ces deux textes qui à priori ne régissent pas les mêmes institutions, mais la raison en est toute simple quand on apprécie les conséquences

---

matrimonial, sauf que juridiquement elle ne saurait produire aucun effet quoiqu'on serait fondé à s'y appuyer afin de constater la faute d'abandon de domicile ou de résidence de deux époux qui n'entendent plus vivre sous le même toit.

<sup>157</sup> Précisons que le divorce ou la séparation de corps s'ouvrent sur les mêmes causes telles qu'elles sont prévues en l'art. 1<sup>er</sup> nouveau de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps qui dispose que « les juges peuvent prononcer le divorce ou la séparation de corps dans les cas suivants : // 1) A la demande d'un des époux : // - Pour cause d'adultère de l'autre, // - Pour excès et sévices ou injures graves de l'un envers l'autre, // - Lorsque le conjoint a été condamné pour des faits portant atteinte à l'honneur et à la considération, // - S'il y a eu abandon de famille ou de domicile conjugal ; // Quand ces faits rendent intolérable le maintien du lien conjugal ou de la vie commune ; // 2) A la requête conjointe des époux : // - Après au moins deux années de mariage ; // - Lorsqu'ils consentent mutuellement à rompre le lien conjugal. »

de la séparation de corps et surtout les affinités<sup>158</sup> quelle présente avec le mariage. D'abord, la séparation de corps implique la dissolution de la communauté de vie, ce qui suppose la vie des conjoints en résidence séparée. Mais, la séparation de corps n'a pas pour conséquence ensuite de rompre le lien matrimonial. Celui-ci perdure bien qu'étant relâché.

Il suit de ces deux conséquences principales de la séparation de corps, qu'en dépit de l'absence de vie commune le lien matrimonial subsiste. De ce fait, les époux en dehors du devoir de cohabitation qu'il n'est plus possible de respecter, demeurent toujours soumis à tous les autres devoirs<sup>159</sup> et obligations<sup>160</sup> inhérents à l'existence du mariage. On peut donc en conclure que les accords entre époux en séparation de corps ne pourraient porter que sur les effets subsidiaires de la séparation, à savoir comme l'indique monsieur Carbonnier<sup>161</sup>, la pension que l'un versera à l'autre, l'administration des biens et la perception des revenus, l'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite de celui des parents qui n'aurait pas la garde des enfants.

---

<sup>158</sup> La séparation de corps présente à la fois des affinités avec le mariage et avec le divorce du fait de sa situation d'état intermédiaire entre le mariage et le divorce. En droit français l'affinité avec le mariage transparaît dans les termes de l'art. 299 du Code civil : « la séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle met fin au devoir de cohabitation ». En lien avec le divorce, l'affinité émerge de l'art. 304 du Code civil : « sous réserve des dispositions de la présente section, les conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce énoncés au chapitre III ci-dessus ».

<sup>159</sup> Même séparés de corps les époux, parce toujours mariés sont toujours tenus en dehors de celui de la cohabitation, au devoir de fidélité, de secours et d'assistance sous certaines conditions tels qu'ils sont prévus à l'art. 45, nouveau de la loi ivoirienne de 2019 relative au mariage.

<sup>160</sup> Au niveau personnel et pécuniaires dans une certaine mesure, les obligations des époux tiennent principalement dans les art. 47 nouveau prévoit que : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, obligation de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants », et 51 et suivants de la loi de 2019 relative au mariage.

<sup>161</sup> In Jean CARBONNIER, Catherine LABRUSSE-RIOU (sous la direction de), *Droit civil-la famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 2, p. 638.

Le législateur ivoirien précise cependant aux termes du dernier alinéa de l'article 10 ter que le tribunal en prononçant le divorce ou la séparation de corps, peut refuser l'homologation (des accords entre époux en instance de séparation de corps) s'il constate que les intérêts des enfants ou de l'un des époux ne sont pas suffisamment préservés. On peut en déduire sans risque de se méprendre que l'intérêt des enfants est un référent prépondérant qui influence la décision en homologation ou non de la convention des époux. Ceux-ci devraient alors mettre du pris à sauvegarder les intérêts aussi bien personnels que patrimoniaux des enfants dans leurs accords au risque de voir celui-ci rejeter par le juge.

Et sur cette question, on précisera que si liberté est, semble-t-il, laisser aux conjoints de régler conventionnellement les effets secondaires de la séparation de corps -les effets principaux étant strictement régis par la loi elle-même- il demeure que les époux ne peuvent par convention, déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du régime matrimonial qu'ils ont choisi<sup>162</sup> en l'espèce qui leur est imposé du fait de la séparation de corps<sup>163</sup>. Par conséquent il leur sera par exemple impossible d'imposer à un seul d'entre eux les charges d'entretien des enfants, leur éducation et enfin la préparation de leur avenir. Ce qui serait possible à notre sens, renverrait à l'organisation par convention ou par accord des modalités de mise en œuvre ou d'exécution de leurs devoirs et obligations vis-à-vis de leurs enfants bien qu'ils n'en auraient pas personnellement la garde. Ils pourront à titre d'illustration prévoir par convention que l'un aura la garde des enfants, mais que l'exercice des autres attributs aussi bien personnels que patrimoniaux de l'autorité parentale restera toujours à la charge des deux parents en préservation de la gestion commune de l'autorité parentale dans le seul intérêt des enfants. Cela va de soi puisque par le seul fait du mariage, les époux contractent

---

<sup>162</sup> Cf. art. 60 nouveau de la loi ivoirienne n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage.

<sup>163</sup> Cf. art. 28 nouveau *in fine* de la loi n° 83-801 du 2 août 1983 relative au divorce et à la séparation de corps : « La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens ».

ensemble obligation de nourrir, entretenir et éduquer les enfants, et qu'à partir du moment où le mariage perdure lesdites obligations devraient être maintenues. Chacun d'eux conservant un droit de surveillance des actions de l'autre en seule considération de l'intérêt de l'enfant.

Enfin, on soulignera que la séparation de corps a pour effet pécuniaire essentiel de transformer la communauté de biens en séparation de biens<sup>164</sup>. Toutefois, même dans le cas de la séparation de biens, les époux peuvent par convention régler les effets pécuniaires de leur mariage. Il s'ensuivra qu'une telle convention pourra être signée avant ou après le prononcé de la décision consacrant la séparation de corps<sup>165</sup> quitte à être soumise à l'homologation du juge. Elle devra dans son contenu porter sur l'organisation pratique de la contribution des deux époux aux charges du ménage ou la gestion des biens dans l'intérêt des enfants.

En pratique, la convention organisant les nouveaux rapports des époux à leurs biens, bien qu'à présent séparés, devra entre autres, préciser clairement l'étendue de la contribution financière de chacun des époux ou généralement de l'époux qui n'aurait pas la garde des enfants. Ou notamment, la contribution du conjoint le plus nanti à la réinstallation de l'autre surtout lorsque le moins nanti vit désormais avec les enfants afin de maintenir autant que possible le *statu quo* relativement au niveau de vie auquel les enfants étaient habitués avant le relâchement du lien matrimonial des parents. Et une telle convention préservant de manière efficiente principalement les intérêts des enfants et ensuite ceux de l'autre conjoint, le juge en prononçant la séparation de corps pourra l'homologuer, à savoir l'investir d'une autorité de telles sortes qu'elle puisse, s'imposer aux deux conjoints, mais en plus aux tiers à compter de sa publication au RCCM notamment en ce qui concerne les époux commerçants.

De même qu'il constitue un critère prépondérant d'homologation des accords entre époux séparés de corps, de même l'intérêt de

---

<sup>164</sup> *Idem.*

<sup>165</sup> *Cf.* art. 101 nouveau de la loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en Côte d'Ivoire.

l'enfant est crucial dans la confirmation des conventions passées entre époux en rupture du lien matrimonial (B).

***B. Un outil de restriction de la liberté conventionnelle des époux en rupture du lien matrimonial***

À l'instar du mariage, le divorce ne devrait intéresser que les personnes dont le lien matrimonial sera rompu par décision du juge. Autant qu'elle le prévoit pour la séparation de corps, la loi ivoirienne habilite les époux en instance de divorce à régler par convention les conséquences de leur rupture définitive y compris la liquidation de leur régime matrimonial. En fait, en matière de divorce par consentement mutuel le refus d'homologation<sup>166</sup> d'une convention pour insuffisance dans la sauvegarde des intérêts des enfants ou de l'un des époux fera obstacle<sup>167</sup> au prononcé même de la décision en divorce (1). Tandis que pour les divorces contentieux ou pour faute, cette influence en sera plus que nuancée (2)<sup>168</sup>.

*1. Une limite affirmée en matière de divorce concerté*

L'intérêt de l'enfant constitue, au sens du droit ivoirien, une limite expressément affirmée à la liberté conventionnelle des époux qui consentent mutuellement à rompre définitivement leur lien matrimonial. La preuve en est que, en son alinéa final, l'article 12 nouveau de la loi ivoirienne relative au divorce et à la séparation de corps autorise le juge à refuser d'homologuer la convention réglant les

---

<sup>166</sup> L'homologation est selon un auteur : « la procédure par laquelle les juridictions contrôlent un acte et lui donne force exécutoire ». In Méлина DOUCHY-OU DOT, *Droit civil, 1<sup>ère</sup> année, introduction – personnes – familles*, Coll. « HyperCours », Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, 2007, p. 330. Il faut y comprendre que sans l'homologation, les conventions passées entre époux engagés dans une procédure de divorce, fût-elle par consentement mutuel ou pour faute, ne pourraient pas être investies de la force obligatoire et du reste être applicables entre les parties et à l'égard des tiers.

<sup>167</sup> Cf. alinéa 4, art. 12 nouveau de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps.

<sup>168</sup> Cf. alinéa 3, art. 10 ter nouveau n° 83-801 du 2 août 1983 relative au divorce et à la séparation de corps.

suites accessoires du divorce concerté si celle-ci préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux<sup>169</sup>. Toutefois, tout en habilitant le juge à un tel refus en dépit du caractère gracieux de cette procédure en divorce, la loi lui impose de motiver sa décision certainement afin de ramener les conjoints sur le droit chemin. La convention internationale sur les droits de l'enfant parle aujourd'hui d'« intérêt supérieur de l'enfant »<sup>170</sup>, certainement pour rappeler au juge le caractère cardinal de cet intérêt à sauvegarder dans l'instance de divorce.

En réalité, le divorce par consentement mutuel, constitue tout comme son nom l'indique, un divorce dans lequel la volonté de rompre le lien matrimonial ainsi que les conditions d'organisation de la séparation y compris de la liquidation du régime matrimonial, résultent d'une concertation des époux. Cette forme de divorce peut être utilisée par les conjoints qui sont en accord à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences. Ils ne peuvent cependant y recourir sans respecter certaines conditions<sup>171</sup> au-delà de la procédure

---

<sup>169</sup> En droit béninois, le refus d'homologation des conventions en matière de divorce par consentement mutuel a pour cause la non-conformité des accords des époux avec la légalité, l'ordre public et les bonnes mœurs. En aucun cas, le législateur ne fait mention de l'intérêt de l'enfant comme cause de refus d'homologation des conventions entre époux engagés en divorce par consentement mutuel. Toutefois, à partir du moment où le Bénin est partie à la convention internationale de 1989 relative aux droits de l'enfant, on peut en conclure qu'au nom d'un certain ordre public international applicable dans les systèmes juridiques de tous les Etats partis, le juge béninois pourra valablement se fonder sur l'insuffisance de préservation des intérêts de l'enfant pour refuser l'homologation de la convention proposée par ses parents en divorce concerté.

<sup>170</sup> Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, n° 2, p. 310.

<sup>171</sup> Il peut s'agir entre autres de conditions de délais. La loi impose à ce titre au juge d'accorder un délai de réflexion de trois mois aux époux à l'issue duquel ils pourront confirmer ou infirmer leur volonté de divorcer par consentement mutuel. C'est n'est qu'à l'expiration de ce délai que le divorce ainsi que l'homologation de la convention réglant les conséquences de la rupture sera prononcé. Voir dans ce sens : Tribunal de première instance de



judiciaire à laquelle dans tous les cas ils sont tenus<sup>172</sup>. Le divorce par consentement mutuel sur requête conjointe est le seul qui présente l'avantage de régler la question de la rupture et les mesures accessoires qui en découlent tout en liquidant le régime matrimonial<sup>173</sup>. C'est le divorce le moins traumatisant, car il ne met pas les époux en opposition, mais en situation de coopération dans le traitement de leur conflit<sup>174</sup>. Si tout divorce est un mal, le divorce par consentement mutuel *in judicio* offre relativement, pour la vie avenir, l'issue la moins fâcheuse. Ici, ce sont les époux qui décident dans le cadre de la loi<sup>175</sup> de l'ordre public et des bonnes mœurs. Cette procédure est contractuelle, car fondée sur le libre accord des conjoints.

Le juge peut toutefois y intervenir en donnant son avis sur les conventions puisqu'il doit veiller à l'intérêt des enfants et de l'autre époux. Sur ce principe, les époux en instance de divorce établissent ensemble une convention qui sera soumise à l'homologation du juge à condition qu'elles préservent suffisamment les intérêts des enfants en dehors de ceux de l'un ou de l'autre époux. Le juge doit seulement recueillir<sup>176</sup> le consentement (libre et éclairé des deux époux) portant

---

Bouaké (République de Côte d'Ivoire), jugement n° 39 en date du 14 janvier 2000, AKOUNOU Komenan Nicolas C./ AKAPHOND Chiadon Geneviève.

<sup>172</sup> Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *op. cit.*, n° 3, p. 155. En droit ivoirien cf. art. 12 nouveau de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps en son alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>173</sup> Jean LAGADEC, *Guide du droit de la famille*, éditions France loisirs, Paris, 2000, p. 209.

<sup>174</sup> *Idem*.

<sup>175</sup> Pour être recevables dans leur volonté de divorcer par consentement mutuel, la loi prescrit d'abord comme conditions que les époux aient vécu au moins deux années de mariage, ensuite qu'ils consentent mutuellement à rompre le mariage. Cf. art. 1<sup>er</sup>, 2) de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps.

<sup>176</sup> L'alinéa 3 de l'art. 12 nouveau de la loi de 1998 relative au divorce précise que le juge sans pouvoir interpellé les parties sur leurs motivations, examine la demande avec les deux époux en prenant soin d'appeler leur attention sur la portée réelle de leur convention, puis els réunit, le cas échéant avec leurs avocats.

sur le principe du divorce<sup>177</sup> et surtout intervenir lorsque les intérêts des enfants sont insuffisamment préservés dans les stipulations de la convention qui organise les conséquences de la rupture du lien matrimonial.

À ce titre, le juge est susceptible de faire des observations et de demander aux parties de modifier la convention finale. Il leur fait les observations qu'il estime convenables et s'assure que leur consentement remplit toutes les conditions exigées par la loi. Il pose aux époux toutes questions utiles en ce qui concerne le sort de leurs biens et celui réservé aux enfants<sup>178</sup>. Du fait du caractère gracieux de la procédure, le juge requis ne peut décider en lieu et place des époux et leur imposer une solution. C'est ce qui justifie qu'il dispose d'un moyen de pression, le refus d'homologation de la convention définitive en l'état ainsi que le refus de prononcer le divorce si les intérêts en présence –celui des enfants et celui de l'autre époux– ne sont pas suffisamment respectés dans la convention<sup>179</sup>. Il ne pourra l'homologuer et prononcer le divorce qu'à la condition qu'il soit convaincu de la volonté de chacun des conjoints à divorcer. Le consentement ne pourra être constaté qu'à l'occasion d'un entretien ce qui impose que le juge reçoive chacun des époux en prenant soin d'appeler leur attention sur la portée réelle de la convention, puis les réunisse, le cas échéant avec leurs avocats<sup>180</sup>. Même si la loi ivoirienne ne l'indique pas expressément, le bon sens impose qu'il puisse recourir parfois à une expertise extérieure pour s'assurer du consentement de chacun des époux. Il ne se contentera que d'apprécier le *consentement* des époux sans pouvoir pour autant

---

<sup>177</sup> Corinne RENAULT-BRAHIBSKY, *op. cit.*, n° 4, p. 157.

<sup>178</sup> En droit burkinabè, l'alinéa 2 de l'art. 362 de la loi du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

<sup>179</sup> Cf. art. 12, nouveau dernier alinéa de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps. En droit burkinabè alinéa 2 art. 363 de la loi du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

<sup>180</sup> Cf. art. 12 nouveau de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps en son alinéa 3.

interpeller les parties sur les motivations de leur décision de divorcer. Ce n'est qu'après s'être convaincu de leur volonté autonome à rompre le lien matrimonial –un délai de trois mois de réflexion s'étant écoulés<sup>181</sup>- que le juge opère le contrôle de la convention prévoyant les modalités d'organisation des conséquences du divorce. Si elle est conforme à la loi et préserve de manière efficiente les intérêts des enfants, et par-delà de l'autre époux, le juge prononcera le divorce et par la même occasion, l'homologation de la convention qui en règle les conséquences<sup>182</sup>. Dans le cas contraire, il est admis sur décision motivée à refuser l'homologation et à ne pas prononcer le divorce<sup>183</sup>.

C'est dire que l'intérêt de l'enfant, à l'exception de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs, constitue en effet une limite affirmée à la liberté conventionnelle des époux dans leur volonté concertée de divorcer. Et cette limite lie même les choix décisionnels du juge en matière de divorce par consentement mutuel. Dans l'épreuve du divorce, la loi tient pour essentiel à suivre le sort des enfants et de sauvegarder leurs intérêts<sup>184</sup>. Les décisions de justice révèlent à ce propos que le juge reste très regardant sur la question de la garde de l'enfant en tant qu'attribut prépondérant de l'autorité parentale. Il vérifie en outre que les parents dans leur convention précisent en toute clarté à qui la garde des enfants mineurs sera confiée<sup>185</sup> sans

---

<sup>181</sup> Section de tribunal de Bondoukou (République de Côte d'Ivoire), jugement n° 80 en date du 19 mars 2003, KAMAGATE Mory C./ KAMAGATE née Fatoumata OUATTARA.

<sup>182</sup> Cf. art. 12 nouveau de la loi n° 98-748 du 23 décembre 1998 relative au divorce et à la séparation de corps en son alinéa 4.

<sup>183</sup> L'alinéa 5 de l'art. 12 nouveau de la loi relative au divorce et à la séparation de corps rappelle dans ce sens que : « le juge peut, par décision motivée, refuser l'homologation de la convention s'il constate que celle-ci préserve insuffisamment les intérêts des enfants (...) ».

<sup>184</sup> Gérard Cornu, *Droit civil-La famille, op. cit.*, n° 3, p. 498.

<sup>185</sup> Voir dans ce sens : Section de tribunal de Bondoukou (République de Côte d'Ivoire), jugement n° 80 en date du 19 mars 2003, KAMAGATE Mory C./ KAMAGATE née Fatoumata OUATTARA. Dans cette espèce, énumérant les termes de la convention des époux, le juge a exposé que « à l'époux en revanche, il lui sera attribué un lit de deux places, un matelas de deux places, un salon complet en bois taillé, un ventilateur, une bibliothèque,

doute parce qu'il n'est pas investi le cas échéant du pouvoir de trancher.

Nous dirons avec monsieur Cornu que la fonction de contrôle du juge au-delà de l'enfant vise même à préserver les intérêts du groupe que constitue avec l'enfant, celui des parents qui en aura la garde<sup>186</sup>. De même, le juge pourra vérifier que la convention des époux en procédure de divorce indique précisément la résidence -les meubles et ustensiles compris<sup>187</sup>-, où les enfants et l'époux-gardien pourront s'établir sans que leur vie n'en soit trop bouleversée. La jurisprudence ivoirienne confirme que le divorce par consentement mutuel est prononcé dès lors que les époux persistent dans leur volonté de rompre les liens du mariage et que le projet de convention réglant les conséquences du divorce reflétant à la perfection la volonté des époux a été homologué par le juge<sup>188</sup>.

Ces facilités accordées en apparence aux époux candidats au divorce par consentement mutuel mis en opposition avec la faculté de refus d'homologation de la convention par le juge laquelle emporte par voie de conséquence refus de prononcer le divorce soulève toutefois une double interrogation : l'une touchant à la nature réelle de cette modalité de divorce ; et l'autre, liée à la possibilité de révision du contenu des conventions homologuées par le juge.

Sur le premier volet de l'interrogation, on dira qu'il nous est permis de douter du caractère libéral de cette modalité de divorce puisque le seul refus d'homologation de la convention emporte

---

une montre pendule, un réveil matin, un pot décoratif en porcelaine, un pot de fleur et la garde des deux enfants mineurs. »

<sup>186</sup> *Idem.*

<sup>187</sup> Les époux dans leur convention prévoient parfois à qui seront attribués en substance les meubles et les ustensiles de cuisines, et cela est soumis à l'approbation du juge qui peut s'en faire fort pour homologuer ou rejeter la convention qui règle les suites du divorce par consentement mutuel. Voir dans ce sens : Tribunal de première instance de Daloa (République de Côte d'Ivoire), jugement n° 70 en date du 18 juin 2004, KOUAHO Emmanuel C./ Dame WADJAS Emma Bobou.

<sup>188</sup> Tribunal de première instance de Daloa, section de Sassandra (République de Côte d'Ivoire), jugement n° 111 en date du 29 mai 2002, Kouassi N'Dri C./ Dame GNALLI épouse N'DRI.

corrélativement une impossibilité pour le juge de prononcer le divorce. Le lien entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention change la philosophie du divorce<sup>189</sup> telle qu'elle apparaît à la lecture de l'article 12, nouveau de la loi sur le divorce et la séparation de corps. Ce texte suggère que cette forme de divorce soit l'expression la plus achevée de la liberté individuelle puisque le juge n'a pas à interpellé les parties sur la cause du divorce ni à contrôler l'opportunité du choix des époux. En réalité, le pouvoir de contrôle du juge sur le contenu de la convention et son lien avec le prononcé du divorce permet de se demander s'il ne s'agit pas d'un divorce sous contrôle judiciaire plus tôt que d'un divorce par consentement mutuel ? Dans tous les cas, le consentement mutuel qui au départ sous-tend la volonté de divorcer doit se refléter dans les conventions sujettes à homologation. Et le rôle du juge est justement d'apprécier cela sans négliger la prise en compte des intérêts des enfants par les parties.

Le second volet de la question se rapporte quant à elle, à la possibilité de révision du contenu des conventions définitives après homologation par le juge. À défaut de position concise du législateur sur la question, et en l'absence de décision de justice offrant davantage de repères sur ce point, c'est vers la doctrine que nous nous sommes tournés. La doctrine française<sup>190</sup> retient sur ce point qu'en principe, du fait de son indissociabilité avec le jugement de divorce, la convention définitive homologuée ne pourrait pas être révisée. Il demeure cependant certaines exceptions qui sont motivées par le seul intérêt de l'enfant. S'agissant de l'attribution de l'autorité parentale, les stipulations peuvent être revues ultérieurement si l'un des époux invoque un motif grave justifié par l'intérêt de l'enfant. En général, toutes les stipulations et mesures relatives à l'enfant peuvent en sus faire l'objet d'une réorganisation<sup>191</sup>. La pension alimentaire versée au

---

<sup>189</sup> Méline DOUCHY-OU DOT, *Droit civil 1<sup>re</sup> année, Introduction, personnes-familles*, op. cit., n° 1, p. 314.

<sup>190</sup> Jean LAGADEC, *Guide du droit de la famille*, op. cit., n° 1, p. 212 et 213.

<sup>191</sup> Les mesures pouvant faire l'objet d'un réaménagement peuvent concerner en substance le droit de visite, la résidence habituelle de l'enfant ou encore le

titre de l'entretien et de l'éducation de l'enfant peut être révisée en cas d'évolution des ressources du débiteur pour la mettre en adéquation avec les besoins de l'enfant. Une contribution jugée non nécessaire au moment de l'homologation de la convention pourrait également être accordée ultérieurement. Cette modification est possible<sup>192</sup> même en cas de pension allouée par la convention définitive qui a précédé un divorce par consentement mutuel<sup>193</sup> et même si l'époux qui a l'exercice de l'autorité parentale a renoncé par avance à toute pension<sup>194</sup>.

Ainsi que nous venons de le voir, l'intérêt de l'enfant est un critère important d'homologation des conventions des époux divorçant par consentement mutuel. Bien que la liberté conventionnelle soit le maître mot qui préside à l'établissement en droit ivoirien du divorce par consentement mutuel, l'intérêt de l'enfant est érigé par le législateur en limitation des excès des époux lorsqu'ils n'en tiennent pas suffisamment compte. En matière de divorce contentieux, l'intérêt de l'enfant occupe une place tout aussi différente puisque son influence sur la décision du juge de prononcer ou non le divorce n'est que plus nuancée (2) même si là encore le législateur semble privilégier les accords des parties.

## *2. Une limite nuancée en matière de divorce contentieux*

Contrairement à ce qui a pu être observé précédemment, l'intérêt de l'enfant constitue une limite nuancée à la liberté conventionnelle des époux engagés dans un processus de divorce contentieux<sup>195</sup>. Le

---

droit d'hébergement du parent qui n'en aurait pas obtenu conventionnellement la garde.

<sup>192</sup> Adeline DASTE et Aude MORGEN-GUILLEMIN, *Divorce - Séparation de corps et de fait - Conditions, Procédure, Conséquences, Contentieux de l'après-divorce*, 19<sup>ème</sup> édition, Delmas, Paris, 2006, p. 293.

<sup>193</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mars 1983, *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 44.

<sup>194</sup> C.A. Nîmes, 18 décembre 1980, D. 1983, IR p. 450, note BENABENT.

<sup>195</sup> Le divorce contentieux est aussi qualifié par certains auteurs de divorce-sanction parce qu'il s'agit d'un divorce demandé par un époux pour manquement de l'autre époux à une ou plusieurs de ses obligations résultant du mariage ; l'époux contre lequel la demande est dirigée peut à son tour, présenter au juge une demande reconventionnelle ce qui a pour effet de soulever le contentieux. Voy. dans ce sens : Anne Marie Hortense ASSI-

législateur ivoirien ne fait aucun obstacle à ce que les époux engagés dans un divorce pour faute puissent en cours d'instance, conclure entre eux toutes conventions organisant les conséquences du divorce y compris la liquidation de leur régime matrimonial<sup>196</sup>. Ce qui semble être privilégié ici c'est le fait de régler le plus paisiblement possible les conséquences du divorce fût-il pour faute. Ainsi, une part belle est faite à la volonté individuelle des parties jusqu'à l'issue de la procédure.

De l'économie de l'article 10 nouveau *in fine* de la loi relative au divorce et à la séparation de corps, il ressort que : « le tribunal en prononçant le divorce (...), peut refuser l'homologation s'il constate que *les intérêts des enfants* ou de l'un des époux ne sont pas suffisamment préservés ». Le temps du verbe ainsi utilisé, le participe présent en l'occurrence pour le verbe « prononcer », indique la distinction qu'entend faire le législateur entre le prononcé de la décision et l'homologation des conventions par le juge, tout en insistant sur la concomitance que peut revêtir le prononcé de ces deux décisions. Dans le divorce contentieux, il n'est établi aucun lien de dépendance entre la décision d'homologation et le prononcé du divorce quoique, le juge puisse tenir compte des accords passés entre époux relativement à la garde des enfants notamment. Il faut en déduire que contrairement à ce qui a cours en matière de divorce par consentement mutuel, dans le divorce pour faute, le législateur ne semble pas suspendre le prononcé du divorce à l'homologation des conventions réglant les suites du divorce. Il s'agit de deux orientations décisionnelles distinctes et autonomes de sorte que l'une puisse être prononcée sans produire aucune influence sur l'autre. Le juge peut prononcer le divorce puis l'homologation par la suite des conventions. Ou alors, prononcer le divorce sans toutefois homologuer les conventions si celles-ci ne préservent pas suffisamment les intérêts des

---

ESSO, *Droit civil – La famille*, coll. « Précis de Droit Ivoirien », 4<sup>ème</sup> édition, Editions UIBA (Université internationale bilingue africaine), Abidjan, 2018, p. 155.

<sup>196</sup> Cf. alinéa 1<sup>er</sup> de l'art. 10 ter de la loi n° 83-801 du 2 août 1983 relative au divorce et à la séparation de corps.

enfants. Dans ce second cas il règlera lui-même les conséquences du divorce sur les enfants et le patrimoine des époux.

Cette faculté ainsi reconnue aux époux, en cours d'instance de conclure entre eux toutes conventions réglant les conséquences du divorce, vise donc à davantage humaniser le divorce pour faute entre deux personnes qui ont tout de même partagé une vie commune et qui dans certains cas, ont eu ensemble des enfants. Mais cette éventualité peut paraître finalement, incongrue dans cette modalité de divorce. En règle générale, le divorce contentieux présuppose que l'un des époux reproche à l'autre une faute dans l'exercice de ses obligations matrimoniales. Ensuite que l'époux qui est accusé de faute ne souhaite pas nécessairement rompre le lien matrimonial. Et c'est de cette opposition que naît le contentieux.

Ainsi il semblerait inconcevable d'envisager des conventions entre époux qui s'accusent mutuellement de fautes. La pratique judiciaire offre à ce propos de voir qu'à tout moment (en cours d'instance), lorsque les époux initialement engagés dans un divorce contentieux finissent par s'entendre sur les termes de leur séparation, le juge saisi, puisse constater le changement de la voie utilisée par les époux pour parvenir au divorce souhaité. Dans un tel cas de figure, le divorce contentieux sera mué<sup>197</sup> en un divorce par consentement mutuel, et la suite de la procédure se fera conformément à la procédure requise pour le divorce par consentement mutuel. On gardera à l'esprit qu'en matière civile le procès est d'abord l'affaire des parties ; le juge ne jouant qu'un rôle de régulateur de la procédure. La rareté des décisions rendues et qui témoignent de la présence d'accords entre

---

<sup>197</sup> Contrairement au droit ivoirien où la transformation de la procédure du divorce contentieux en procédure de divorce par consentement mutuel est née de la pratique judiciaire, en droit béninois, le législateur prescrit clairement que le divorce contentieux qui génère un accord fût-il postérieur entre les époux, ouvre naturellement sur un divorce par consentement mutuel, et la procédure y applicable devrait produire ses effets. Art. 222 de la loi n° 2002-07 du 7 juin 2002 portant Code des personnes et de la famille au Bénin qui dispose que « Le divorce par consentement mutuel peut avoir lieu sur demande conjointe des époux ou par suite d'un *accord postérieur constaté devant le juge au contentieux.* »



époux en cours d'instance de divorce pour fautes<sup>198</sup> ne devrait cependant pas occulter l'idée de cette possibilité. On pourra toujours tirer les conséquences d'une lecture *a contrario* des propos des juges lorsque ces derniers déclarent dans une grande majorité de décisions que : « Sur la garde des enfants et sur la liquidation de la communauté, attendu que les époux ne produisent aucun document faisant état de leur convention (...) ». Ces propos démontrent inversement que le juge dans son office reste toujours attentif à l'éventualité que d'une volonté concertée des époux, puisse toujours surgir une convention qui organiserait les effets secondaires du divorce contentieux en toute étape de la procédure.

Plus concrètement, les conventions passées par les protagonistes en matière de divorce contentieux devraient intervenir pour organiser les points qui à l'accoutumée font l'objet de mesures provisoires du juge<sup>199</sup>. À savoir, les points qui pourraient être actés dans le cadre d'une décision rendue avant dire droit. Les conjoints seront donc admis à fractionner les points de leurs accords c'est pourquoi le

---

<sup>198</sup> Une seule décision pratiquement a été mise à notre disposition et qui abordait la question d'un accord entre époux bien qu'engagées dans un divorce contentieux relativement aux mesures provisoires décidées par le juge. Dans cette espèce les époux ADJOUANI se sont accordés sur la garde des enfants qui serait confiée à la mère, une allocation à titre de pension alimentaire mensuelle pour l'entretien de chaque enfant, et une autre pension alimentaire accordée personnellement à la mère. En conséquence, il confia la garde provisoire des enfants communs à la mère ; une allocation à titre de pension alimentaire mensuelle pour chaque enfant une somme de 75 000 francs soit un total de 150 000 francs ; accorder à l'épouse une somme de 150 000 francs par mois à titre de pension alimentaire pour elle ; dit que les frais de scolarité des deux enfants communs ainsi que les frais de maladie de ceux-ci et de l'épouse sont à la charge de l'époux, condamne celui-ci à servir mensuellement à son épouse 500 000 francs à titre d'aide au logement (...). Cf. CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 072 en date du 17 janvier 2002, ADJOUANI Kouadio C./ Dame ADJOUANI née ATTA Yaoua Hélène.

<sup>199</sup> Ces mesures provisoires font l'objet d'une énumération non-exhaustive dans les termes de l'art. 4 nouveau de la loi n° 83-801 du 2 août 1983 en son point a), b) et c).

législateur parle sur cette question de conventions au pluriel<sup>200</sup>. Elles pourront porter notamment sur la garde des enfants<sup>201</sup> ; l'allocation du domicile conjugal à l'un des époux ; la contribution aux frais d'entretien scolaires et médicaux des enfants mineurs,<sup>202</sup> etc. Dans l'espèce ADJOUMANI contre ADJOUMANI<sup>203</sup>, le juge s'était fondé sur la convention des parties pour donner acte aux mesures provisoires. Les mesures provisoires ouvrant sur une nouvelle audience, c'est à cette dernière que le juge après conclusions des parties pourra enfin prononcer le divorce et décider de l'homologation des conventions des époux s'il considère qu'elles préservent au mieux l'intérêt des enfants et ne comportent pas de caractère léonin pour l'un des époux. Dans le cas où les conventions des époux n'épouseraient pas effectivement les principes qui contribuent à assurer l'intérêt de l'enfant et ceux de l'autre conjoint, ou du moins en l'absence de toute convention qui règlement en tout ou de manière fractionnée les suites du divorce contentieux, le juge se chargera soit personnellement soit en confiera la tâche à un notaire à l'effet de liquider la communauté. En ce moment, il tranchera en prononçant le divorce et assortira sa décision des mesures relatives au sort des enfants<sup>204</sup>, à la pension alimentaire et à la liquidation de la communauté.

---

<sup>200</sup> Cf. art. 10 ter, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 83-801 du 2 août 1983 relative au divorce et à la séparation de corps.

<sup>201</sup> CSCJ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 486 en date du 14 octobre 2004, BOHUI Kadji Michel C./ KOBRY Kadja Hélène épouse BOHUI. Voy. également : Cour d'appel de BOUAKEZ (Côte d'Ivoire), arrêt n° 12 en date du 2 janvier 200, YAO Konan Barthélemy C./ Mme YAO née KOUADJO Affoué.

<sup>202</sup> Section de tribunal de Bouafle (Côte d-Ivoire), Jugement n° 51 en date du 22 mai 1996, AKPRO Agboudjou Moïse C. / Mme AKPRO née SIE Essi Jacqueline.

<sup>203</sup> *Supra*.

<sup>204</sup> Dans la phase contentieuse de la procédure de divorce, le tribunal doit statuer sur la garde définitive des enfants et préciser les droits et obligations qui incombent au parent qui n'a pas obtenu la garde. Les critères d'attribution de la garde des enfants résultent des dispositions de l'art. 21 de la loi relative au divorce lesquelles fixent un principe assorti d'une exception. Selon la solution de principe énoncée par l'art. 21 précité, la garde des enfants

\*  
\* \*

L'intérêt de l'enfant est représentatif en dernière analyse, du reflet d'un droit des personnes et de la famille qui est devenu pédocentrique, faisant figure de formule magique<sup>205</sup>. Et contrairement à ce qu'on a pu penser, cette formule n'intervient pas uniquement lorsqu'il s'agit pour les parents d'agir dans le cadre de leur autorité sur leurs enfants mineurs. Ce principe influence à plus d'un titre les rapports personnels et ceux, emprunts de conventions qu'établissent entre eux les père et mère. Alors que dans le premier cas l'intérêt de l'enfant constitue la pierre angulaire, la finalité à rechercher ou à poursuivre dans toutes les actions des parents considérés ensemble ou alors pris individuellement ; dans le second cas, il fait les frais d'une opposition avec les intérêts personnels des parents. La jurisprudence expose parfois que l'enfant n'est qu'un alibi pour les parents, leur permettant uniquement de recueillir certains avantages qu'ils n'obtiendraient certainement pas en l'absence de ceux-ci. C'est

---

mineurs est attribuée à l'époux innocent. Le refus d'attribuer la garde à l'époux fautif constitue une sanction supplémentaire contre celui-ci dans le cadre du divorce-sanction. Cette solution de principe est critiquable. L'époux fautif peut fort bien être un excellent éducateur. De plus, l'appréciation du critère se heurte à un obstacle lorsque le divorce est prononcé aux torts réciproques. Ces difficultés justifient aisément l'exception apportée à la solution de principe. L'exception est énoncée par le même art. 21 de la loi sur le divorce dans les termes suivants : « le tribunal au vu des renseignements résultant de l'enquête sociale prévue par l'art. 4 peut confier la garde des enfants soit à l'époux coupable soit à une tierce personne<sup>1</sup> ». Bien que les termes n'apparaissent pas dans l'art. 21, le critère qui guide le juge dans l'application de l'exception est l'intérêt de l'enfant. Ce critère est nommément cité dans la quasi-totalité des jugements et arrêts. L'on peut aller plus loin en précisant que dans l'application de l'art. 21 de la loi sur le divorce, l'exception est devenue en réalité le principe.

<sup>205</sup> Ronfanni cité par Jean Carbonnier, in Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, ouvrage précité n° 2, p. 833.

pourquoi dans son office, le juge doit toujours discerner en fonction des circonstances qui lui sont présentées, là où se trouve véritablement l'intérêt de l'enfant et de ce fait, concilier cet intérêt avec celui du parent qui manifeste le plus grand attachement à la réalisation de ce but.

En fin de compte, tout ce qui concerne l'enfant ne devrait pas être l'affaire que des seuls parents. La société tout entière doit se sentir concernée par la protection de celui-ci, et quoi de mieux que le principe de l'intérêt de l'enfant pour faciliter cette protection. Le législateur semble l'avoir parfaitement intégré, car en dépit de quelques imperfections qui existent çà et là dans les textes, l'intérêt de l'enfant occupe désormais en droit ivoirien sa place en tant que pierre angulaire, la condition, le critère, la mesure ou encore la fin en fonction de la cause soumise au juge. Cette prépondérance du principe inspire parmi tant d'autres questions celles de savoir si en vertu de son ascension en droit l'intérêt de l'enfant n'a pas atteint un niveau comparable à celui de l'ordre public ou des bonnes mœurs dans l'esprit du juge ? N'est-il pas le critère d'un certain ordre public familial ? À notre humble avis, s'il n'est pas totalement juste de conclure dans ce sens, il demeure que la pratique jurisprudentielle ivoirienne ne semble pas dévier de cette trajectoire. Quelques années de pratique des nouvelles lois civiles ivoiriennes devraient nous situer.

**LA DIFFICILE CONCILIATION ENTRE LE RESPECT DU DROIT  
FONDAMENTAL A LA LIBERTE DE LA PRESSE ET CELUI A  
LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE ET DES DONNEES A  
CARACTERE PERSONNEL EN DROIT POSITIF MALIEN**

**Mahamadou Aly HAIDARA,  
doctorant en droit public à l'Institut de pédagogie  
universitaire (IPU) Bamako-Mali**

**Résumé :** *La protection accordée à la vie privée et aux données à caractère personnel subit, depuis l'essor du numérique, quotidiennement des atteintes de toute sorte. Cette protection, longtemps accordée aux individus se trouve, plus jamais menacée, à cause des facilités apportées par les technologies de l'information et de la communication (TIC).*

*Aujourd'hui, les frontières entre le monde dit réel et le monde virtuel ou numérique est presque tenues. Ainsi, la conciliation entre le respect de la vie privée des personnes et la liberté de la presse est quasiment devenue difficile à atteindre. Cette recherche d'équilibre entre ces deux droits fondamentaux révèle l'existence d'un véritable conflit.*

*En effet, pendant que certains se félicitent de l'adoption de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel qui concrétise l'engagement de l'Etat du Mali sur le plan international en matière de respect des droits de l'homme, d'autres voient dans cette loi, une atteinte à la liberté de presse. Or, la liberté de presse est aussi consacrée par une disposition législative, en l'occurrence, la loi n° 00-046 du 7 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse.*

*En réalité, la mise en œuvre effective de ces deux droits à valeur, constitutionnelle, révèle de sérieuses difficultés de conciliation dans la mesure où l'exercice de la profession de journaliste nécessite la collecte et le partage*

*des données à caractère personnel, choses qui se butent, généralement, au droit des individus au respect de leur vie privée.*

*Cet article démontre en quoi, la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel rétrécit le champ de la liberté d'expression et que faut-il faire pour rendre effectif l'exercice de cette liberté de presse.*

**Mots clefs :** *liberté d'expression, protection de la vie privée, données à caractère personnel, conflit, conciliation.*

A l'heure des technologies de l'information et de la communication (TIC) où les informations relatives aux individus sont de plus en plus accessibles, récolter ces données pour ensuite les diffuser est désormais *la chose la plus aisée* qui puisse exister.<sup>1</sup> Ainsi, comme le dit Edward Snowden : « Dire que vous vous moquez du droit à la vie privée car vous n'avez rien à cacher, c'est la même chose que se moquer du droit à la liberté d'expression car vous n'avez rien à dire, ou de la liberté de la presse car vous n'avez rien à écrire ». <sup>2</sup> *Amours clandestins, adultères, maladies, grossesses ou autres revers de fortune...* la vie privée de certains individus s'étale régulièrement dans la presse et sur les réseaux sociaux. Dès lors, le droit au respect à la vie privée se trouve *sérieusement* menacé.

Les affaires *Issiaka Sidibé*, président de l'Assemblée nationale du Mali de 2013 à 2020, des factures non payées de Monsieur Tiébilé Drame<sup>3</sup> et autres, constituent entre autres, des cas illustratifs qui

---

<sup>1</sup> Pierre ROSANVALLON, « La contre-démocratie », cité par D. FOUREST, Dalloz IP/IT, 2017, p. 604, « Données personnelles et liberté d'expression : la CEDH pose des garde-fous à la transparence généralisée ».

<sup>2</sup> La protection des données personnelles : 100 questions/réponses de Laurane Raimondo.

<sup>3</sup> [http://news.abamako.com/Affaire\\_des\\_factures\\_non\\_payées\\_la\\_destitution\\_de\\_Tiébilé\\_exigée](http://news.abamako.com/Affaire_des_factures_non_payées_la_destitution_de_Tiébilé_exigée) Publié le vendredi 27 mai 2016 par *Info Matin*.

démontrent combien la vie privée et les données personnelles sont vulnérables.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> En effet, le 20 juin 2016, l'avocat de Monsieur TD saisissait le président de l'APDP d'une plainte contre SOMAGEP-SA et EDM-SA pour « communication illicite des données à caractère personnel de son client visant à porter atteinte à l'honneur et à la considération de celui-ci *en violation des dispositions de l'art. 65 alinéa 1 paragraphe 1 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel*. A l'appui de sa plainte, le conseil du plaignant expose que le lundi 23 mai 2016, les factures d'électricité et d'eau du mois d'avril de son client ont été publiées à la « Une » du numéro 162 du journal *La Dépêche* avec en page intérieure l'affirmation que le Sieur Tiebilé Dramé devait plusieurs millions de redevances aux deux sociétés susmentionnées. Que la même « Une » circulait déjà sur les réseaux sociaux depuis le 22 mai 2016 avant la parution même du journal. Il ajoute que le mardi 24 mai 2016, le quotidien *Info-Matin* a repris les informations de *La Dépêche* en publiant à son tour, les factures d'eau et d'électricité du mois d'avril du Sieur T.D tout en y ajoutant son relevé de compte client d'EDM-SA de la période du 23 mai au 7 octobre 2015. Qu'ainsi, les factures d'eau et d'électricité de son client ont été étalées dans la presse et sur les réseaux sociaux avant qu'elles ne soient remises à leur destinataire ; Qu'en effet, il n'est pas indifférent de relever que les factures qui n'ont été reçues que les 24 et 30 mai 2016 et qui sont payables les 10 et 18 juin 2016 ont été diffusées dans la presse dès les 22, 23 et 24 mai 2016. Qu'en procédant ainsi, *EDM-SA et la SOMAGEP-SA ont contrevenu aux dispositions de l'art. 65 alinéa 1 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel*. Au regard de tout ce qui précède, l'Autorité de protection des données à caractère personnel a considéré que l'accès des deux journaux aux factures non encore distribuées et non échues, ainsi qu'aux données client du plaignant au niveau de SOMAGEP-SA et de EDM-SA avec toutes les précisions techniques, constitue, de la part desdites sociétés, « un manquement grave et répété à l'obligation de sécurité et de confidentialité » qui leur incombe", en tant que responsables de traitement des données à caractère personnel de leurs clients tel que réprimé par l'art. 65 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013. Par conséquent, l'Autorité de protection des données à caractère personnel a décidé de prononcer à l'encontre d'EDM-SA et de la SOMAGEP-SA une sanction pécuniaire de cinq millions de Francs CFA et de rendre publique sa décision sur le site [www.apdp.ml](http://www.apdp.ml) et dans le journal officiel de la République du Mali (délibération N°2016-005/APDP) disponible sur le site web de l'APDP accessible à l'adresse suivante : <https://apdp.ml>).

En effet, cette affaire du président de l'Assemblée nationale fut diversement commentée par plusieurs titres maliens. Elle a pris de l'ampleur, faisant la "Une des journaux" ainsi que l'objet de plusieurs spéculations sur les réseaux sociaux et dans les « Grins ». Certains sont allés très loin en accusant le président de l'Assemblée nationale du Mali d'avoir commis « l'adultère dans son bureau ».<sup>5</sup> Tout serait parti d'un article de l'hebdomadaire le *Figaro* du Mali qui dans son numéro 12, écrivait : « Le président de l'Assemblée nationale s'est fait surprendre en flagrant délit d'adultère dans son bureau avec sa secrétaire ».<sup>6</sup> Pourtant, la loi est très claire « chacun a droit au respect de sa vie privée ».<sup>7</sup> Comme estime, le fondateur du journal le monde : « on n'a pas le droit de dire n'importe quoi, n'importe où, n'importe comment par ce qu'il peut avoir des conséquences ».

Partant de ce qui précède, il est aisé de comprendre qu'en dépit de la faculté de s'exprimer, « la liberté de tout dire n'existe pas ».<sup>8</sup> La garantie des droits des uns ne doit, *aucunement*, menacer la liberté des autres.<sup>9</sup> La loi sanctionne le fait de s'immiscer, à l'insu d'une personne, dans sa vie privée et de révéler ces informations à caractère personnel sans son autorisation.<sup>10</sup> En effet, alors que nos sociétés exigent de plus en plus de transparence politique et surtout alors que les médias indépendants garantissent généralement cette doléance de meilleur accès à l'information, ne risque-t-on pas, pendant ce temps,

---

<sup>5</sup> Pages Facebook des videomen tels que les Ras Bath et autres.

<sup>6</sup> <https://www.rfi.fr/fr/afrique>

<sup>7</sup> Sophie DRUFFIN-BRICCA dans *Introduction générale au droit* <https://www.lextenso-etudiant.fr>

<sup>8</sup> <https://www.doc-du-juriste.com>

<sup>9</sup> Emmanuel Derieux, professeur à l'Université Panthéon-Assas (ParisII).

<sup>10</sup> Monsieur Nikita MICHEL disait dans son mémoire de fin de cycle Master portant sur *L'applicabilité de la protection européenne des données personnelles : interrogeons Google !* que « Le législateur européen n'est pas le seul à avoir amorcé une réforme de la réglementation à propos des données personnelles. Il s'agit, effectivement, d'une tendance qui s'observe également sein du Conseil de l'Europe ainsi que dans de nombreux Etats tiers, qui, pour certains, ne révisent pas mais adoptent leur premier texte relatif à la protection des données personnelles, preuve encore de l'intérêt croissant que suscite cette matière ».



d'empiéter sur d'autres droits fondamentaux et d'aboutir à un état de « surveillance généralisée » ?<sup>11</sup> Plus particulièrement ce risque d'empiètement devient plus concret lorsqu'il s'agit du droit au respect à la vie privée ou à la protection des données personnelles.

Cependant, force est de constater que la vie privée ainsi que les données à caractère personnel de certaines catégories de personnes restent difficiles à protéger. Il s'agit notamment de celles des artistes de cinéma, des vedettes du show-business, des personnalités politiques... « Autrement dit, de toutes celles qui tirent leurs revenus, ou partie, de leur célébrité, de leur image de marque, de leur reconnaissance par le public ».

Une chose est à rappeler, la détermination de la frontière entre la vie publique et privée de ces personnes est plus ambiguë que pour les personnes ne menant aucune vie publique et leur droit au respect de la vie privée peut alors entrer en conflit avec un autre droit, *celui des citoyens à l'information et la liberté d'expression*. Même s'ils ne doivent pas être opposés par principe, le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression sont souvent amenés à se confronter. Sophie Druffin-Bricca, disait à ce propos, que la généralité du terme « Chacun a droit au respect de sa vie privée » indique qu'il ne faut pas distinguer notamment selon la qualité de la victime, « personne privée anonyme ou célébrité ». De ce fait, les dispositions légales s'appliquent plus souvent en faveur des personnages de la vie publique ou mondaine, qu'à l'égard de l'homme de la rue, car la révélation de sa vie privée intéresse moins, voire pas du tout, le public et donc la presse.<sup>12</sup>

La définition très large du traitement de données, d'une part, et la portée étendue du droit à la liberté d'expression, qui couvre tant les activités de diffusion que de la collecte préalable des informations, favorisent d'autre part, l'existence d'une zone d'interaction entre ces

---

<sup>11</sup> Lola TUFFERY, dans son art. ci-dessous intitulé, « Liberté d'expression contre protection des données personnelles et droit au respect de la vie privée : un équilibre fragile ? »

<sup>12</sup> *Introduction générale au droit* : commentez l'art. 9 du Code civil.

deux univers.<sup>13</sup> Comme souligné par Guy Braibant dans son rapport, « il y a (...) une antinomie fondamentale, mais non irréductible, entre [la liberté d'expression], qui se fonde sur des possibilités illimitées de rassemblement et de circulation des informations et la protection des données à caractère personnel<sup>14</sup> qui exige au contraire (...) de strictes limitations afin d'assurer le respect de la vie privée ».<sup>15</sup>

En effet, la *liberté d'expression*, vieille que la démocratie,<sup>16</sup> est aujourd'hui, un droit constitutionnel reconnu à tout citoyen dans la quasi-totalité des pays démocratiques. Elle se traduit par la libre communication des pensées et permet à tout *citoyen de parler, d'écrire, d'imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi*. Cette liberté d'expression qualifiée de « cadeaux très précieux » garantit que les médias puissent exercer leur mission qui consiste à rendre compte de la façon la plus "exhaustive" des

---

<sup>13</sup> Art. 3 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel définit le traitement comme : « toute opération ou ensemble d'opérations effectuées à l'aide de procédés automatisés ou non et appliquées à des données, telles que la collecte, l'exploitation, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation, la modification, l'extraction, la sauvegarde, la copie, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, le cryptage, l'effacement ou la destruction des données à caractère personnel ».

<sup>14</sup> « Les données à caractère personnel ou données personnelles sont des informations existant sous diverses formes et permettant d'identifier directement ou indirectement une personne, par référence à un numéro d'immatriculation ou à un ou plusieurs éléments propres à son identité physique, physiologique, biométrique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique. Elles peuvent être des identifiants universels permettant de raccorder entre eux, plusieurs fichiers constituant des bases de données, ou de procéder à leur interconnexion » art. 3, alinéa 5 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée.

<sup>15</sup> G. BRAIBANT, « Données personnelles et société de l'information », *Rapport au premier ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46, 3 mars 1998*.

<sup>16</sup> [www.youtbe.com](http://www.youtbe.com): La liberté d'expression a-t-elle des limites ? Selon le professeur de philosophie, Michel Ferrandi, puis qu'elle fut inventée au V<sup>ème</sup> siècle par les Grecs pour le règlement de justice.

événements d'intérêt public.<sup>17</sup> Ainsi, pour fournir des informations complètes, il est *quasi-impossible* pour les utilisateurs des médias de ne pas collecter et ne pas publier les données à caractère personnel des personnes faisant l'objet du reportage ou du compte rendu.

Paradoxalement, le droit à la protection des données à caractère personnel en tant que *droit fondamental* puisque dérivé de celui au respect de la vie privée, permet à toute personne « de disposer du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des informations la concernant ». Un droit fondamentalement politique, le droit à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel s'appuie nécessairement sur des mécanismes de législation et de réglementation. Cela implique ainsi, la reconnaissance au profit du citoyen, d'un droit à contrôler la collecte et l'usage de ses informations personnelles. Dès lors, estime Alex Turk, « il est logique que soit mise en œuvre une législation générale de la protection des données et crée un organe de contrôle indépendant ».<sup>18</sup>

C'est ainsi qu'en Europe notamment en France, dès 1970, les abus de certains médias ont conduit à l'adoption des dispositions civiles et pénales relatives à la protection de la vie privée. Les premières servent également de fondement à la préservation du droit à l'image.<sup>19</sup> Nikita Michel disait : « le législateur européen n'est pas le seul à avoir amorcé une réforme de la réglementation à propos des données personnelles. Il s'agit, effectivement, d'une tendance qui s'observe également au sein du Conseil de l'Europe ainsi que, dans de nombreux Etats tiers, qui, pour certains, ne révisent pas mais adoptent

---

<sup>17</sup> Alexander Scheuer et Sebastian Schweda, Institut du droit européen des médias (EMR).

<sup>18</sup> Alex Türk est universitaire (droit public), sénateur du Nord et ancien président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ;

<sup>19</sup> *Droits de la personnalité et protection des données personnelles face aux médias et à leurs usages* de Emmanuel DERIEUX, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

leur premier texte relatif à la protection des données personnelles, preuve encore de l'intérêt croissant que suscite cette matière ».<sup>20</sup>

Au niveau communautaire, le rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique, affirmait que le droit à la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information sont des droits fondamentaux protégés par la législation internationale des droits de l'homme, notamment la charte africaine qui dispose que *le respect, la protection et la réalisation de ces droits sont essentiels et indispensables au libre développement de la personne humaine, à la création et à la protection des sociétés démocratiques et à l'exercice d'autres droits.*<sup>21</sup>

Ainsi, la mise en œuvre de ces deux droits, qui ont tous la même valeur *constitutionnelle*, pose l'éternelle problématique de conciliation dans la mesure où, comme mentionné *supra*, l'exercice de la profession de journaliste repose sur la collecte et la circulation massives des informations, choses qui se butent, très souvent, au droit des individus au respect de leur vie privée.<sup>22</sup> Faut-il le rappeler, le respect de la vie privée est consacré par la Constitution malienne du 25 février 1992 qui, conformément aux dispositions de son article 6 : « le domicile, le domaine, la vie privée et familiale, le secret de la correspondance et des communications sont inviolables. Il ne peut y être porté atteinte que dans les conditions prévues par la loi ».

---

<sup>20</sup> Mémoire de fin de cycle master portant sur *L'applicabilité de la protection européenne des données personnelles : interrogeons Google !*

<sup>21</sup> Déclaration de principe sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique.

<sup>22</sup> Pendant longtemps la loi française ne s'est pas occupée de la vie privée dont la protection était le seul fait de la jurisprudence. Les tribunaux se situaient dans le cadre de l'art. 1382 du Code civil qui nécessitait de prouver la faute, en l'occurrence l'intrusion dans la vie privée, et le dommage. Pourtant le droit à la vie privée était proclamé dans plusieurs textes : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen elle-même qui dispose dans son art. 12 que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée » ou la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui, dans l'art. 8.1, reconnaît à « toute personne (le) droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

S'agissant de la liberté de presse en particulier, elle est garantie par la même constitution de 1992. En effet, cette loi fondamentale dispose : « la liberté de presse est reconnue et garantie. Elle s'exerce dans les conditions fixées par la loi ».<sup>23</sup> Le Mali ayant ratifié les principaux instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'Homme a, au fil du temps, procédé à l'incorporation des dispositions de certains de ces instruments dans sa législation nationale. Pour assurer le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme, le Mali a adopté la loi n° 00-046 du 7 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse et la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données modifiée par la loi n° 2017-070 du 18 décembre 2017.

Pour lancer le débat sur la nécessaire conciliation de ces deux lois, *ou du moins*, de ces deux droits, ne serait-il pas judicieux d'examiner quelques notions et principes dégagés par la loi de protection des données personnelles afin de voir dans quelle mesure, la protection de la vie privée et des données à caractère personnel pourra être tempérée pour ne pas constituer un frein au droit de la presse ?<sup>24</sup> Au regard de ce qui précède, nous démontrerons dans une première

---

<sup>23</sup> Art. 7 de la Constitution du Mali de 1992.

<sup>24</sup> Frédéric Sudre définissait le conflit de droit comme : « la contradiction entre deux droits individuels, telle qu'en l'absence de règles de résolution du conflit, la garantie des deux droits ne peut être assurée simultanément. Ou, pour le dire autrement, la garantie de l'un des droits ne peut être assurée qu'en portant atteinte à l'autre droit ». F. SUDRE, « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 235. Ce concept est confirmé par la Cour dans l'arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999 où elle déclare que la nécessité de protéger ces droits implique la restriction par l'État d'autres droits ou libertés consacrés par la convention (Cour eur. D.H., arrêt Chassagnou et autres c. France, 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113 ; F. TULKENS, « Les conflits entre droits fondamentaux », 14 avril 2006, p. 6, disponible sur <http://www.ies.be>) Tiré de l'art. de Mégane ROSEN : liberté d'expression vs protection de la vie privée (et liberté de religion) : comment organiser la coexistence de libertés potentiellement contradictoires.

partie en quoi le cadre légal de la protection des données à caractère personnel est une loi restrictive de la liberté de presse (I) et dans une deuxième partie la nécessité d'aménager un régime dérogatoire pour la presse (II).

### **I. La loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel : une loi restrictive de la liberté d'expression**

L'évolution permanente du numérique constitue l'une des principales sources des risques d'atteintes aux droits de « la personnalité ». Comme le souligne Emmanuel Derieux, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), aujourd'hui, « la protection accordée à la vie privée et aux données personnelles s'avère parfois fort délicate. Un juste équilibre doit être établi entre ces droits et la liberté d'expression... ».<sup>25</sup> En effet, face aux risques de plus en plus élevés liés au développement du numérique qui a facilité la collecte massive des informations à caractère personnel, l'Assemblée nationale du Mali a, lors de sa séance du 9 mai 2013, adopté la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel en République. Cette loi qui est une transposition de l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO est entrée en vigueur le 21 mai 2013.<sup>26</sup>

Adoptée pour concilier l'innovation numérique avec la protection de la vie privée et des données personnelles, la loi susmentionnée dispose que l'informatique doit être au service des individus et non le

---

<sup>25</sup> *Droits de la personnalité et protection des données personnelles face aux médias et à leurs usages.*

<sup>26</sup> La Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) composée de quinze États membres est une organisation intergouvernementale ouest-africaine créée le 28 mai 1975 pour promouvoir la coopération et l'intégration. En février 2010, elle a adopté un acte additionnel régissant la protection des données à caractère. Ce texte communautaire d'application directe dans le droit des États membres, prévoit un dispositif notamment un cadre institutionnel et un cadre légal harmonisé visant à protéger les données personnelles des individus dans l'espace CEDEAO.

contraire. A ce titre, « elle doit respecter l'identité humaine, les droits de l'homme, la vie privée, les libertés publiques et individuelles ». <sup>27</sup> Toutefois, beaucoup voient dans les dispositions de cette loi, *une atteinte à la liberté d'expression*. Aussi, cette restriction ne se manifeste-t-elle pas à travers son champ d'application (A) ainsi qu'à ses règles (B).

#### **A. Une loi restrictive des libertés quant à son champ d'application**

En principe, le champ d'application des droits de la personnalité comprend, d'une part, *la protection de la vie privée*, c'est-à-dire d'un espace privé au sein duquel les informations doivent demeurer confidentielles. Cette zone, selon Alexander Scheuer et Sébastien Schweda, est délimitée soit d'un point de vue *spatial* notamment *le domicile*, soit, dans le cadre de *la correspondance adressée à des personnes quantitativement identifiables*, d'un point de vue théorique en fonction du contenu. D'autre part, le droit de la personnalité s'étend au-delà de la sphère purement privée et garantit également à chacun le droit intégral de pouvoir contrôler « l'image » de sa propre personne y compris en dehors de la vie privée diffusée à des tiers. <sup>28</sup> Il s'agit, d'une manière générale, pour une personne physique, le droit de disposer d'elle-même, de toutes les informations la concernant, de toutes ces données à caractère personnel.

En droit malien, la restriction de la liberté d'expression trouve son origine dans le champ d'application de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel. En effet, cette loi s'applique à tout traitement de données à caractère personnel opéré en tout ou en partie sur le territoire national. Qu'il s'agisse des traitements de données à caractère personnel effectués par

---

<sup>27</sup> Sans entraver l'essor du numérique, les abus de l'informatique ont conduit les autorités maliennes à renforcer davantage son arsenal juridique avec l'adoption de nouvelles dispositions réprimant les atteintes à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel.

<sup>28</sup> Iris plus, art. de fond : « Les limites à l'utilisation des données personnelles », p. 8 ; de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011.

*l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes personnalisés, les personnes physiques et les personnes morales de droit privé*<sup>29</sup>.

Sont aussi soumis aux dispositions de la loi susmentionnée, les traitements mis en œuvre par un responsable, établi ou non sur le territoire national, à l'exclusion des moyens qui ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire ainsi que les traitements de données concernant la sécurité publique, la défense nationale, la recherche et la poursuite d'infractions pénales ou la sûreté de l'Etat, même liées à un intérêt économique ou financier important de l'Etat, sous réserve des dérogations prévues par la présente loi ou, le cas échéant, des dispositions spécifiques prévues par d'autres textes.<sup>30</sup>

Par ailleurs, le législateur malien a exclu du champ d'application de la loi sus-évoquée, les traitements de données mis en œuvre *par une personne physique dans le cadre exclusif de ses activités personnelles ou domestiques, à condition toutefois que, les données ne soient pas destinées à une communication systématique à des tiers ou à la diffusion*.<sup>31</sup> Aussi, faut-il le noter, sont aussi exclues de son champ d'application, les copies temporaires faites dans le cadre des activités techniques de transmission et de fourniture d'accès à un réseau numérique, en vue du stockage automatique, intermédiaire et transitoire des données et à la seule fin de permettre à d'autres destinataires du service le meilleur accès possible aux informations transmises.<sup>32</sup>

En principe, au regard de ce qui précède, les droits des personnes semblent être protégés par le législateur. Cependant, comme abordé dans l'introduction, des difficultés persistent concernant la conciliation de la liberté d'expression avec la protection de la vie privée quant aux principes de protection des données personnelles. Pourtant, en droit européen notamment les dispositions du règlement

---

<sup>29</sup> Art. 4 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.

<sup>30</sup> Art. 5 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée.

<sup>31</sup> Art. 6 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.

<sup>32</sup> Art. 6 de la loi n°2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.



n° 2016/679 du 27 avril 2016 (RGPD) affirment certes, que la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental mais aussi il rappelle qu'il n'est pas un *droit absolu*. A ce titre, il doit être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, dont la liberté d'expression et d'information.<sup>33</sup> Malheureusement, parmi les exceptions ou exclusions ci-dessus évoquées, aucune place n'est accordée à la liberté d'expression dans la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée. Ce qui fait obligation aux personnes (morales ou physiques) qui collectent les informations personnelles dans le cadre l'exercice de la liberté d'expression de respecter les principes prévus par l'article 7 de la loi relative à la protection des données à caractère personnel.

### ***B. Une loi restrictive des libertés quant à ses principes***

En matière de la liberté de presse, le droit fondamental à la protection de la vie privée et des données personnelles n'est limité, comme mentionné supra, que « dans la mesure où la publication des informations collectées contribue à la prise en compte d'un intérêt public légitime ou se justifie par le consentement de la personne concernée ». Il reviendra alors au juge saisi d'un conflit entre ces droits de rechercher un équilibre entre eux et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> <https://www.cbf-avocats.com>: liberté d'information et protection des données personnelles.

<sup>34</sup> Concernant ce point, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme a, en 2015, considéré que la publication d'informations relatives à l'existence d'un enfant naturel du prince Albert de Monaco *dépasse la sphère privée de ce dernier*, eu égard au caractère héréditaire de ses fonctions de chef d'État. En effet, *Paris Match* avait été condamné en 2005 à verser 50 000 euros au titre du dédommagement moral au prince Albert, qui venait de succéder à son père Rainier sur le trône de Monaco et n'avait alors pas d'héritier. L'article litigieux était une longue interview de Nicole Coste, une hôtesse de l'air, qui révélait que son fils Alexandre, né en août 2003, avait pour père Albert de Monaco. Un mois plus tard, le prince reconnaissait être le père de l'enfant, par le biais d'un communiqué. « L'information litigieuse n'était pas dénuée de toute incidence politique et pouvait susciter l'intérêt du

Dans la mesure où l'activité journalistique, d'une manière générale, repose sur la collecte, l'utilisation et la mise à disposition des données à caractère personnel de la personne concernée<sup>35</sup> par un *sujet médiatique* au public, les organismes de presse se voient alors, *en droit malien*, obligés de respecter les obligations légales en la matière. En d'autres termes, l'organisme de presse se voit ainsi obligé d'agir dans *la transparence*, c'est-à-dire d'effectuer des formalités déclaratives auprès de l'autorité de protection des données à caractère personnel pour ses activités journalistiques et informer la personne sur qui, l'article porte. *Ainsi, l'information de la personne concernée par la collecte ne serait-elle pas du chantage ?* Également, l'organisme doit recueillir le consentement de la personne concernée pour la publication de toute œuvre la concernant. Sans l'accord de celle-ci, pas de divulgation ou de publication des données collectées.

*Imaginons juste un instant les conséquences de l'information préalable d'une personne concernée par un article de la presse.* Aussi, est-il nécessaire de rappeler qu'à l'état actuel de la loi en matière de protection des données à caractère personnel, les organismes de presse sont aussi tenus de respecter les droits des personnes concernées ; qu'il s'agisse des droits à l'information préalable, d'opposition, d'accès, de rectification et de suppression conformément aux dispositions des articles 12, 13, 15,18 et 19 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée.

Outre le respect des dispositions susmentionnées, le législateur malien a interdit à toute personne, y compris, *même dans le cadre de la liberté d'expression*, de toucher aux données sensibles des individus. En effet, l'article 9 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, proscrit la collecte et le traitement des informations relatives *aux opinions ou*

---

public sur les règles de succession en vigueur dans la principauté » qui excluent les enfants nés hors mariage de la succession au trône, a notamment relevé la Cour ». Publié le 10/11/2015 à 14h28 sur <https://www.lepoint.fr/justice>; LIBERTÉS FONDAMENTALES - DROITS DE L'HOMME : Vie privée et liberté d'expression : éclairage sur la méthode de mise en balance (<https://actu.dalloz-etudiant.fr>).

<sup>35</sup> Toute personne qui fait l'objet d'un traitement de donnée à caractère personnel. Art. 3, al. 16 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée.

*activités religieuse, philosophique, politique, syndicale, à la vie sexuelle ou raciale, à la santé, aux mesures d'ordre social, aux poursuites, aux sanctions pénales ou administratives.*<sup>36</sup> Pourtant, il est *universellement reconnu* aux organismes de presse agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles, le droit de collecter, de traiter ou de transmettre librement entre les pays, des informations à caractère personnel faisant, *directement ou indirectement*, apparaître les infractions, les condamnations ou les mesures de sûreté, sans même, le consentement de la personne concernée.

*Au regard de ce constat, la loi malienne ne serait-elle pas une loi atypique, liberticide... ?*

La réponse la plus simple serait *affirmative*. La non prévision de ces exemptions dans le cadre légal de la protection de la vie privée et des données personnelles relève d'une *maladresse* de la part du législateur malien qui aurait dû prévoir, comme ses homologues du Sénégal, du Maroc, du Niger, du Gabon, etc., *des dérogations* pour les activités journalistique, littéraire, artistique... ainsi qu'il est clairement prévu dans l'acte additionnel de la CEDAO.

En effet, l'article 45 de la loi n° 2008-12 sur la protection des données à caractère personnel au Sénégal dispose : « le traitement des données à caractère personnel réalisé aux fins de journalisme, de recherche ou d'expression artistique ou littéraire est admis lorsqu'il est mis en œuvre aux seules fins d'expression littéraire et artistique ou d'exercice, à titre professionnel, de l'activité de journaliste ou chercheur, dans le respect des règles déontologiques de ces professions ».

---

<sup>36</sup> Selon le site <https://eur-lex.europa.eu/>, le fait qu'une personne s'est blessée au pied et est en congé de maladie partiel constitue une donnée à caractère personnel relative à la santé au sens de l'art. 8, paragraphe 1, de la directive 95/46, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. En effet, eu égard à l'objet de cette directive, l'expression « données relatives à la santé » employée dans ladite disposition appelle une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physiques que psychiques, de la santé d'une personne ((directive du Parlement européen et du Conseil 95/46).

Mieux : dans la législation marocaine, parmi les limites au droit à l'information préalable, figure en bonne place, *les traitements effectués à des fins de journalisme*. Ainsi, conformément aux dispositions de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, *l'obligation d'information n'est pas applicable au traitement de données à caractère personnel effectués à des fins exclusivement journalistiques, artistiques ou littéraires*.<sup>37</sup>

Mieux encore : le législateur malien aurait tout simplement dû se conformer aux dispositions de l'acte additionnel qui admettent le traitement des données à caractère personnel réalisé « aux fins de journalisme, de recherche, d'expression artistique ou littéraire lorsqu'il est mis en œuvre aux seules fins d'expressions littéraire et artistique, d'exercice ou à titre professionnel, de l'activité de journaliste ou chercheur, dans le respect des règles déontologiques de ces professions ». <sup>38</sup> Afin de concilier le droit à la protection de la vie privée avec la liberté d'expression, ne serait-il pas mieux de prévoir, dans le cadre légal, des dispenses à l'endroit des organismes de la presse écrite ou audiovisuelle dans le cadre de l'exercice de leur profession ?

## **II. La nécessité d'aménager dans la loi portant protection des données à caractère personnel un régime dérogatoire pour la presse**

Loin de l'idée de privilégier le droit à la liberté d'expression sur celui à la protection de la vie privée, force est de reconnaître que la conciliation de ces deux droits exige l'aménagement des règles dérogatoires. Toutefois, il convient de noter que le Groupe de travail "G29" en son temps, inquiet de la mauvaise interprétation de l'étendue de cette dispense expliquait que « des dérogations et exceptions ne doivent être accordées qu'en ce qui concerne les dispositions qui risquent de porter atteinte à la liberté d'expression et

---

<sup>37</sup> Loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le Royaume chérifien.

<sup>38</sup> Art. 32 acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel.

dans la seule mesure où cela est nécessaire pour assurer la jouissance effective de ce droit, tout en maintenant un équilibre avec le droit au respect de la vie privée de la personne concernée ».<sup>39</sup>

Aussi, Jacques Thyraud, disait-il à ce propos que cette dérogation ne doit aucunement pas « être une façon de tourner les indiscrétions ».<sup>40</sup> Ainsi, la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE)<sup>41</sup> interpellée par une bénévole d'une paroisse sur la question relative à la publication sur un "site Internet" de données personnelles concernant ses collègues, a « considéré que les dispositions de la directive 95/46 ne comportent pas, en elles-mêmes, une restriction contraire au principe général de la liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et correspondant, notamment, à l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950. Il appartient aux autorités et aux juridictions nationales chargées d'appliquer la réglementation nationale transposant la directive n° 95/46 d'assurer un juste équilibre des droits et intérêts en cause, y compris les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique », et ce, en appliquant le principe de proportionnalité.<sup>42</sup>

En effet, par ordonnance du 23 février 2001, parvenue à la Cour le 1<sup>er</sup> mars suivant, le Göta hovrätt<sup>43</sup> a posé, en application de l'article

---

<sup>39</sup> Le Groupe de travail « Art. 29 » (GT art. 29) est le groupe de travail européen indépendant qui traitait les questions relatives à la protection de la vie privée et aux données à caractère personnel jusqu'au 25 mai 2018 (avant l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données - RGPD). <https://edpb.europa.eu/>

<sup>40</sup> J. THYRAUD, Rapport Sénat, n°72, déposé le 10 novembre 1977, tome I, p. 37.

<sup>41</sup> Instituée en 1952 par le traité CECA, la Cour de Justice (autrefois nommée Cour de justice des Communautés européennes, CJCE) est une institution juridictionnelle qui veille au respect du droit communautaire : elle est la seule compétente pour interpréter les traités. <https://www.touteleurope.eu/>

<sup>42</sup> CJCE, 6 novembre 2003, Lindqvist c/ Suède, §5 du dispositif de l'arrêt.

<sup>43</sup> Selon le site : <https://en.wikipedia.org/>, la Cour d'appel de Göta (suédois : *Göta hovrätt*), située à Jönköping, est l'une des six cours d'appel du système juridique suédois.

n° 234 CE, sept questions préjudicielles relatives notamment, à l'interprétation de la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, portant sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31).<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Les sept questions préjudicielles sont : -La mention d'une personne par son nom ou par son nom et son numéro de téléphone sur une page d'accueil sur Internet est-elle une opération qui relève du champ d'application de la directive [95/46]? Le fait de faire figurer, sur une page d'accueil sur Internet que l'on a soi-même construite, un certain nombre de personnes, ainsi que des affirmations et des déclarations sur les conditions de travail et les passe-temps de ces personnes, constitue-t-il un 'traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie ? -Le fait de créer, sur une page d'accueil sur Internet, des pages spécifiques pour une bonne quinzaine de personnes, avec des liens entre les pages qui permettent une recherche par prénom, peut-il être considéré comme constituant un 'traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier' au sens de l'art. 3, paragraphe 1 ? Si l'une des questions précédentes appelle une réponse affirmative, le hovrätt pose en outre les questions suivantes : -Le fait d'insérer des données de ce type sur des collègues de travail sur une page d'accueil privée, qui est cependant accessible à tous ceux qui connaissent l'adresse de la page, peut-il être considéré comme échappant au champ d'application de la directive [95/46] en vertu de l'une des exceptions figurant à l'art. 3, paragraphe 2 ? -L'indication, sur une page d'accueil, qu'un collègue de travail mentionné par son nom s'est blessé au pied et est en congé de maladie partiel est-elle une donnée à caractère personnel relative à la santé qui, aux termes de l'art. 8, paragraphe 1, ne peut faire l'objet d'un traitement ? Le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers est interdit dans certains cas en vertu de la directive [95/46]. Si une personne insère, en Suède, à l'aide d'un ordinateur, des données à caractère personnel sur une page d'accueil qui est stockée sur un serveur en Suède -de sorte que les données à caractère personnel deviennent accessibles à des ressortissants de pays tiers- cela constitue-t-il un transfert de données vers des pays tiers au sens de la directive [95/46] ? -La réponse reste-t-elle la même si, selon les informations dont nous disposons, aucun ressortissant d'un pays tiers n'a en fait pris connaissance des données ou si le serveur en question se trouve, d'un point de vue purement physique, dans un pays tiers ? Les dispositions de la directive [95/46] peuvent-elles, dans un cas tel que celui de l'espèce, être considérées comme impliquant une restriction contraire aux principes généraux de liberté d'expression ou à d'autres droits et libertés applicables dans l'Union européenne et qui

Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'une procédure pénale poursuivie devant ladite juridiction contre M<sup>me</sup> Lindqvist, accusée d'avoir enfreint la législation suédoise relative à la protection des données à caractère personnel en publiant sur son site Internet des données à caractère personnel concernant un certain nombre de personnes qui travaillent, comme elle, à titre bénévole dans une paroisse de l'Église protestante de Suède. A cet effet, le ministère public a engagé des poursuites à l'encontre de M<sup>me</sup> Lindqvist pour infraction et a conclu à sa condamnation, au motif qu'elle avait : -traité des données à caractère personnel, dans le cadre d'un traitement automatisé, sans faire de déclaration écrite préalable auprès de la Datainspektion<sup>45</sup> ; -traité sans autorisation des données à caractère personnel sensibles, à savoir celles relatives à une blessure au pied et à un congé de maladie partiel (art. 13 de la PUL) ; transféré vers des pays tiers des données à caractère personnel traitées sans autorisation (art. 33 de la PUL).

M<sup>me</sup> Lindqvist a reconnu les faits, mais a nié avoir commis une infraction. Condamnée par l'Eksjö tingsrätt (Suède) au paiement d'une amende, M<sup>me</sup> Lindqvist a interjeté appel de cette décision devant la juridiction de renvoi. Éprouvant des doutes sur l'interprétation du droit communautaire applicable en la matière, notamment de la directive n° 95/46, le Göta hovrätt a ainsi décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles qui ont abouti à la réponse sus évoquée.

---

correspondent notamment à l'art. 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? -Enfin, un État membre peut-il, dans les domaines visés par les questions qui précèdent, disposer d'une protection plus forte des données à caractère personnel ou d'un champ d'application plus large que celui qui résulte de la directive [95/46], même lorsque l'on ne se trouve pas en présence de l'un des intérêts mentionnés à l'art. 13 ?» Source : <https://eur-lex.europa.eu/legal>. Arrêt du 6.11.2003 — Affaire C-101/01.

<sup>45</sup> Autorité suédoise de protection des données à caractère personnel.

***A. L'étendue des dérogations à la loi portant protection des données à caractère personnel***

La protection des données personnelles, comme susmentionné, n'étant toutefois pas absolue doit céder face au droit à l'information du public lorsque l'individu, par son fait ou son comportement, se retrouve au cœur d'un sujet d'intérêt général (rôle dans la vie publique, infraction ou condamnation pénale relatée par des journalistes ou résultant de décisions de justice).<sup>46</sup> Le législateur malien doit mettre en veilleuse *des règles contraignantes* pour permettre l'exercice de la profession de journaliste et éviter que la loi de protection des données à caractère personnel ne soit pas un *goulot d'étranglement*<sup>47</sup> pour l'activité de la presse. Pour ce faire, les personnes et les activités devant bénéficier de ces faveurs doivent être déterminées.<sup>48</sup>

En effet, la collecte, l'enregistrement d'informations étant inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, les dérogations envisagées doivent alors porter sur des règles contraignantes portant sur les formalités déclaratives, l'obligation d'information et de consentement préalable, l'interdiction de la collecte des données sensibles, le respect des droits des personnes concernées ainsi que l'interdiction du transfert des données à l'étranger.<sup>49</sup> Cependant, il est judicieux de

---

<sup>46</sup> <https://www.legipresse.com> ; le droit d'accès à l'information confronté aux données personnelles : la délicate balance des droits et libertés fondamentales.

<sup>47</sup> Discours d'ouverture du président de l'Autorité de protection des données à caractère personnel, Oumarou AG Mohamed Ibrahim Haidara lors de de la fête commémorative du lancement des activités de l'Autorité, tenue le 10 mars 2021.

<sup>48</sup> Arouna Keita, magistrat, directeur des affaires juridiques, du contentieux et de la coopération de l'autorité de protection des données à caractère personnel (APDP) lors de de la fête commémorative du lancement des activités de l'Autorité, tenue le 10 mars 2021.

<sup>49</sup> Art. 85 du règlement général de protection des données personnelles (RGPD) dispose « Les États membres concilient, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le traitement à des fins journalistiques et à des fins d'expression universitaire, artistique ou



noter que le régime dérogatoire profitera uniquement à certaines activités effectuées par les journalistes. A ce niveau, une distinction doit être faite entre le traitement des données de journalisme et celui de gestion des données.

*1. Les traitements concernés par le régime dérogatoire : les traitements des données de journalisme*

Seules, doivent bénéficier des dérogations, les activités des organes de presse se rattachant à la rédaction en l'occurrence, *celles relatives à la collecte, au traitement et à la diffusion des informations*. Il s'agit principalement des opérations touchant aux bases de données documentaires, comme *les bases biographiques, géographiques ou historiques, et les banques d'images*.

Egalement, peuvent bénéficier de ce régime dérogatoire, les systèmes rédactionnels automatisés qui permettent aux journalistes d'élaborer des documents, de les rédiger, de les visualiser sur écran, de les modifier et de les stocker sur un support informatique avant publication ou diffusion. Autrement dit, il s'agit de l'activité éditorial, *in stricto sensu*, qui diffère de celle de gestion. Mais comment identifier une activité journalistique (artistique, littéraire) ?

En réponse à cette question, la Cour de Justice de l'Union européenne a affirmé que « autrefois, le journalisme se limitait à des médias (relativement) clairement identifiables en tant que tels, à savoir la presse, la radiodiffusion et la télévision. À l'heure actuelle, des moyens de communication modernes comme l'internet ou les

---

littéraire. Dans le cadre du traitement réalisé à des fins journalistiques ou à des fins d'expression universitaire, artistique ou littéraire, les États membres prévoient des exemptions ou des dérogations au chapitre II (principes), au chapitre III (droits de la personne concernée), au chapitre IV (responsable du traitement et sous-traitant), au chapitre V (transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales), au chapitre VI (autorités de contrôle indépendantes), au chapitre VII (coopération et cohérence) et au chapitre IX (situations particulières de traitement) si celles-ci sont nécessaires pour concilier le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté d'expression et d'information » <https://www.gdpr-expert.eu/>

services de télécommunications mobiles sont également utilisés en vue de la communication d'informations sur des questions d'intérêt public tout comme à des fins purement privées ». <sup>50</sup> Mais quand peut-on dire que le critère matériel des « seules fins de journalisme » est rempli ?

La Cour de justice de l'Union européenne a considéré que cela recouvre des activités qui « ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées ». Elle souligne d'une part, « l'importance que détient la liberté d'expression dans toute société démocratique » et la nécessité d'interpréter les notions connexes, dont celle de journalisme, de manière large. <sup>51</sup> D'autre part, afin de parvenir à une pondération pour rétablir l'équilibre avec le droit fondamental à la protection de la vie *privée*, les dérogations et limitations de la protection des données prévues doivent être limitées au strict nécessaire ». <sup>52</sup>

---

50

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=67007&doclang=FR> Les limites à l'utilisation des données personnelles de l'Observateur européen de l'audiovisuel.

<sup>51</sup> Dans l'affaire dite : exception journalistique en matière de protection des données à caractère personnel à propos d'une personne ayant filmé, puis diffusé sur internet, son interrogatoire par la police, la Cour suprême de Lettonie a saisi la CJUE de deux questions préjudicielles portant, d'une part sur la qualité de traitement de données personnelles du film ainsi diffusé, d'autre part sur le fait qu'il relève ou pas de l'exception journalistique. Dans sa décision, la CJUE fait application de sa méthode constante d'interprétation du texte à la lumière des objectifs poursuivis et retient, en l'espèce, une acceptation large de la notion de *fins de journalisme* en retenant que le fait d'avoir publié cet enregistrement sur le site : [www.youtube.com](http://www.youtube.com) ne saurait en soi, ôter à ce traitement la qualité d'avoir été effectué *aux seules fins de journalisme*. (<https://itlaw.fr>).

<sup>52</sup> CJCE, *Satamedia*, *op. cit.*, par. 61. Il faut néanmoins préciser que, conformément au considérant 47, la personne qui se borne à transmettre des contenus n'est généralement pas considérée comme responsable du traitement des données au sens visé à l'art. 2, paragraphe d de la directive 95/46/CE (voir sur ce point ZOOM, section II. 2. a)). Le responsable du traitement de données est, le plus souvent, limité à « la personne dont émane le message ». Seule cette dernière pourrait donc invoquer, dans les

Aussi, ajoute-t-elle dans une autre affaire que « l'exigence d'un traitement de données à des fins exclusivement journalistiques ne signifie pas que le traitement doive « avoir pour objet la communication directe d'informations ». Ainsi, les recherches nécessaires menées en amont de la publication relèvent également de cette finalité. La CJUE avança en estimant que l'existence d'un but lucratif n'exclut pas, non plus, la possibilité qu'une publication soit réalisée aux « seules fins de journalisme ».<sup>53</sup>

*2. Les traitements non concernés par le régime dérogatoire : le traitement des données de gestion de l'entreprise de presse*

Les données à caractère personnel jouent également un rôle dans les relations entre les organes de presse et leurs utilisateurs. Contrairement au cas du traitement des données à des fins journalistiques, la presse utilise les données des utilisateurs aux fins de commercialisation des contenus. A ce titre, Nathalie Mallet-Poujol a rappelé que le traitement de données de gestion des entreprises de la presse demeure soumis au régime de droit commun,<sup>54</sup> d'office exclus de la dérogation. Dans ce cadre, ces traitements de gestion des organes de presse doivent, alors, être conformes aux dispositions de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée. Il s'agit : des activités de la gestion du personnel ou des abonnés et des traitements à des fins de prospection commerciale ou de publicité ; du traitement des données des utilisateurs des sites Internet de presse, qu'ils soient ou non abonnés, et qu'ils laissent ou non, en dehors de leur adresse IP, des données directement identifiants.<sup>55</sup>

---

circonstances exposées ici, les exceptions prévues par l'art. 9 de la directive n° 95/46/ CE pour certains contenus.

<sup>53</sup> Les limites à l'utilisation des données personnelles : CJUE, Satamedia, *op. cit.*, par. 82.

<sup>54</sup> Nathalie Mallet-Poujol dans son article intitulé : « Les traitements de données personnelles aux fins de journalisme » disponible sur <https://www.cairn.info/revue-legicom-2009-2-page-69.htm> ;

<sup>55</sup> Les utilisateurs de la presse en ligne sont soumis à une collecte incessante de leurs données à caractère personnel. Dans les pays développés, pour des raisons pratiques ou juridiques, les médias ont souvent recours à certains

3. *Les responsables concernés par les dérogations*

Au Mali, conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 00-046 du 07 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse : « Le journaliste est celui qui, titulaire d'un diplôme de journalisme ou d'un diplôme d'études supérieures avec une année d'expérience professionnelle, a pour activité principale rétribuée, la collecte, le traitement et la diffusion d'informations et de nouvelles, dans le cadre d'un organe médiatique public ou privé, écrit ou audiovisuel ». <sup>56</sup>

Basile Ader estime qu'en exigeant que l'activité de journaliste constitue l'activité : « principale, régulière et rétribuée » de l'intéressé, le législateur a voulu exclure tous ceux pour qui l'activité journalistique n'était qu'une occupation accessoire à une autre activité. Toutefois, il n'a pas écarté la possibilité pour un journaliste d'avoir une activité parallèle dès lors que celle-ci ne constitue pas son occupation "principale". Pour s'en assurer, il a exigé que le journaliste tire l'essentiel de ses ressources professionnelles de ses activités de presse, sans pour autant que celles-ci aient à dépasser un montant minimal. <sup>57</sup> Ainsi, seules sont concernées par les dérogations, les activités du journaliste professionnel. A ce niveau, Nathalie Mallet-

---

modèles commerciaux faisant intervenir un traitement des données à caractère personnel des usagers. Quiconque souhaite avoir son quotidien livré à domicile doit communiquer au moins son nom et son adresse. Le choix de certains canaux de distribution, tels que la télévision par câble, implique une relation contractuelle avec le fournisseur de services de transmission (c'est-à-dire le câblo-opérateur ou l'opérateur de plateforme) qui nécessite la communication des coordonnées des clients pour assurer la prestation et la facturation des services. (Les limites à l'utilisation des données personnelles de l'Iris-plus).

<sup>56</sup> Art. 4 de la loi n°00-046 du 07 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse.

<sup>57</sup> « La presse à la barre du tribunal : la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, une grande loi républicaine », *Opinion publique et crise de la démocratie*, Presses Universitaires de France, 2019

Poujol a demandé de faire une distinction entre les activités de journalisme et de journaliste.<sup>58</sup>

▪ -Les autres acteurs de la presse professionnelle

Le correspondant, qu'il travaille sur le territoire national ou à l'étranger, est un journaliste professionnel s'il perçoit des rémunérations fixes et remplit les conditions prévues pour le journaliste. Ainsi, le journaliste/correspondant de presse est un professionnel indépendant dont l'occupation principale, régulière et rétribuée est l'exercice de l'activité qui consiste à recueillir, vérifier et/ou commenter des faits pour les porter à l'attention du public dans un ou plusieurs organes de presse écrite, audiovisuelle, numérique.<sup>59</sup> A ce titre, il bénéficiera du régime dérogatoire.

Dans la législation française, sont également, assimilés aux journalistes professionnels, les collaborateurs directs de la rédaction<sup>60</sup>, les rédacteurs-traducteurs, les sténographes-rédacteurs, les rédacteurs-réviseurs, les reporters-dessinateurs, les reporters-photographes.<sup>61</sup> Cela exclut les agents de publicité et tous ceux qui

---

<sup>58</sup> Les traitements de données personnelles aux fins de journalisme ; victoires éditions, légicom.

<sup>59</sup> <https://www.entreprises.gouv.fr>.

<sup>60</sup> Les collaborateurs de la rédaction d'un journal s'appellent *des journalistes*. C'est ce que dit le dictionnaire (*Littré, Larousse*). Mais, tous les collaborateurs intellectuels du journal ne sont pas nécessairement des journalistes "professionnels" et tous ceux qui collaborent, de façon purement technique, c'est-à-dire sans activité intellectuelle, ne peuvent pas revendiquer la qualité de journaliste. Cependant, la jurisprudence française a toujours imposé que la collaboration soit une collaboration intellectuelle « *en vue de l'information des lecteurs* » (Cass. soc., 28 mai 1986, *Bull. civ. V n° 251*, p. 194 ; Cass. Soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Bull. civ. V n° 221*, p. 137 ; Cass. soc., 5 mars 1987, *JCP 87 IV*, p. 162). Les collaborateurs de la rédaction Basile Ader dans *LEGICOM 1997/2* (N° 14), pages 1 à 4 ; <https://www.cairn.info/revue-legicom-1997-2-page-1.htm>

<sup>61</sup> <http://www.ccijp.net/Art.-69-definition-du-journaliste-professionnel-et-contrat-de-travail.html> (art. L7111-3, L7111-4 et L7112-1 du Code du travail français).

n'apportent, à un titre quelconque, qu'une collaboration occasionnelle.

- -Le journalisme amateur reste soumis au régime de droit commun

Le professeur Emanuel Derieux soulignait que les journalistes amateurs ont depuis très longtemps été présents dans l'histoire des médias, de la presse écrite à l'internet. Il ajouta que « perçus par certains professionnels comme constituant une concurrence dangereuse, les amateurs sont susceptibles d'apporter diversité et complémentarité, éléments du pluralisme de l'information et des idées. Les contributions des amateurs sont souvent 'récupérées' par les médias professionnels qui se fournissent ainsi en contenus à moindres frais. Ce qui est gratuit pour certains est très 'payant' pour d'autres ».

En effet, non pris en compte par la loi n° 00-046 du 07 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse au Mali, les journalistes amateurs ne bénéficient pas des faveurs du régime dérogatoire sus-évoqué. Ainsi, jusqu'à la publication de cet article, les blogs, les profils d'utilisateurs et les pages sur les réseaux sociaux demeurent, en droit malien, soumis au régime du droit commun.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Grâce aux moteurs de recherche et autres outils, la possibilité de découvrir les informations mises en ligne ne dépend plus des institutions chargées d'agréger les contenus, telles que les sociétés de presse et les radiodiffuseurs, qui fournissent à l'utilisateur une plateforme familière et lui facilitent ainsi la recherche des informations. Traditionnellement, ces institutions ne se contentent pas de compiler des contenus (externes ou internes) et de les rendre accessibles. Elles se distinguent par le fait qu'elles endossent la responsabilité éditoriale des informations présentées. Dans le cadre du travail éditorial, qui englobe notamment la collecte, la vérification, l'appréciation, la classification, le traitement et l'organisation des données, elles sont soumises à des obligations légales ou d'autorégulation de diligence, tout en bénéficiant des droits spécifiques correspondants. La question se pose de savoir si on peut systématiquement présumer qu'un particulier qui publie également des contenus sur Facebook ou d'autres médias similaires est conscient de ces contraintes. Quoiqu'il en soit, on n'applique généralement pas le même niveau d'exigence aux obligations découlant de ses activités que pour les

***B. Les pondérations au régime dérogatoire à la presse dans le cadre légal de la protection des données à caractère personnel***

D'une manière générale, le recours, *même à des fins exclusivement journalistique et rédactionnelles*, aux traitements de données à caractère personnel ne dispense pas les organes de presse de l'obligation de prendre toutes les mesures utiles pour préserver la sécurité et la confidentialité des données à caractères personnel. En effet, l'article 8 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, oblige tous les organismes publics ou privés traitant des données personnelles à mettre en œuvre des mesures de sécurité et de confidentialité pour empêcher l'accès de personnes non autorisées aux informations.<sup>63</sup>

S'agissant de la problématique de l'exercice des droits, la loi n° 00-046 du 7 juillet 2000 sur la presse et délits de presse a résolu la difficile équation relative à l'impossibilité pour les personnes concernées par un article de presse d'exercer *les droits d'opposition, d'accès et de rectification* prévus par les articles 12, 13, 15, 18 et 19 de la loi n°2013-015 modifiée, par la possibilité d'exercice de : leurs droits de réponse et de rectification des informations fausses prévus aux articles 26<sup>64</sup>

---

médias traditionnels (source : Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg-France).

<sup>63</sup> Art. 8 : « Le responsable du traitement prend toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité des données. Il doit empêcher notamment qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y accèdent ». Ces dispositions sont complétées par la délibération n° 2020-034/APDP du 12 février 2020 portant adoption du référentiel relatif aux mesures de sécurité et de confidentialité des données à caractère personnel ;

<sup>64</sup> Art. 26 : « Le Directeur de publication est tenu d'insérer gratuitement dans les plus prochains numéros ou écrits périodiques toutes les rectifications qui seront adressées par un dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement rapportés par le journal ou écrit périodique. Toutefois, les rectifications ne dépasseront pas le double de l'article auquel elles répondront. En cas d'inobservation, le Directeur de publication sera puni d'une amende de 50.000 francs à 150.000 francs ».

à 31 de la loi sur la presse<sup>65</sup>, de l'interdiction de publication de certaines affaires touchant aux mœurs prévue aux articles 48 et suivants de la loi n° 00-046, enfin de l'obligation d'anonymiser certaines publications.

Ainsi, les organismes de presse doivent penser à anonymiser leurs articles à chaque fois, que la liberté d'information ne paraît pas nécessiter la désignation nominative des personnes concernées. Il en est ainsi pour les comptes rendus de certains procès en diffamation, ou portant sur la filiation, le divorce, la nullité du mariage, l'avortement, ou ceux concernant des mineurs, ou faisant ressortir des informations sur l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle ou pour certaines décisions judiciaires prises à l'égard d'un mineur...<sup>66</sup>

Par ailleurs, en droit français, les faveurs accordées à la presse peuvent être également compensées par le respect des règles déontologiques de la profession de journaliste, le recours à des chartes de journalisme ou codes de conduite. Et la politique éditoriale de chaque organe.

\*

\* \*

La recherche de l'équilibre entre le droit fondamental au respect de la vie privée et des données à caractère personnel et celui à la liberté d'expression constitue une tâche très ardue surtout avec l'évolution des technologies de l'information et de la communication qui a permis la diffusion d'informations à des destinataires non connus à l'avance et virtuellement illimité. La collecte et la circulation des données à

---

<sup>65</sup> Art. 31 : La demande d'exercice du droit de réponse doit être présentée à l'organe médiatique dans les deux mois, au plus tard, suivant la diffusion du message incriminé.

<sup>66</sup> Présentation de Monsieur Arouna KEITA, Directeur des Affaires Juridiques et du Contentieux de l'Autorité de Protection des Données à caractère Personnel (APDP) sur la protection de la vie privée et la liberté d'expression disponible sur le site web de l'APDP accessible à l'adresse : <https://apdp.ml> ;



caractère personnel des citoyens étant inhérente à l'exercice de la profession journalistique, un acte non anodin vis-à-vis du droit des individus au respect de leur vie privée, le législateur malien doit, pour atténuer le conflit entre ces deux droits fondamentaux, passer en revue, la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel pour l'harmoniser avec les dispositions de l'acte additionnel de la CEDEAO et les autres normes internationales en la matière, la loi n° 00-046 du 07 juillet 2000 portant régime de la presse et délit de presse au Mali, ou à défaut, d'encadrer la presse en ligne.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Les textes juridiques

#### *A. Sur le plan international*

- Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 (Source).
- Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966.
- Résolution n° 45/95 du 14 décembre 1990 de l'ONU.

#### *B. Sur le plan européen*

- Règlement de l'Union européenne n° 2016/676 du Parlement et du Conseil RGPD.

#### *C. Sur le plan africain*

- Acte additionnel de la CEDEAO A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel (2010).
- Acte additionnel de la CEDEAO portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO.
- Convention de l'Union africaine sur la cyber sécurité et la protection des données personnelles (2014). Statut : non signé, non ratifié.

#### *D. Sur le plan national*

- Constitution de 1992.
- Loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code de procédure pénale en République du Mali.
- Loi n° 01-078 du 20 août 2001 portant Code pénal en République du Mali.
- Loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel en République du Mali modifiée par la loi n° 2017-070 du 18 décembre 2017.

-Loi n° 2016-012/ du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services ELECTRONIQUES en République du Mali.

-Code de procédure civile, commerciale et sociale en République du Mali.

## II. Ouvrages

### A. Ouvrages spécialisés

-BELLEIL Arnaud, *e-privacy, le marché des données personnelles : la protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, Dunod, 2001.

-BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, *Contrats et vivant, Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006.

-BENSOUSSAN Alain, *Informatique et libertés*, Editions Francis Lefebvre, 2008.

- BENSOUSSAN Alain, *La protection des Données Personnelles de « A à Z »*, édition Lexing.

-BERGER Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Editions Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2009.

-BERTRAND Berger (dir.), *Repères pour une restitution des résultats de la recherche en sciences sociales*, Paris, Le Harmattan, « Logiques sociales », 2000.

-BOIS Philippe, « La surveillance des banques de données par les autorités », in *Informatique et protection de la personnalité*, Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit, Fribourg, 1980, p. 169-177 (cité infra : « Informatique et protection... »).

-BOURGEOIS Mattieu, *Droit de la Donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis.

-BUCHER Andreas, « Personnes physiques et protection de la personnalité », in *Théorie et pratique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1985, *Revue internationale du droit comparé*.

-BURNAND Yves, *Banques de données électroniques et droit de l'information : accès à V information, droit d'auteur, protection du domaine personnel des particuliers et de l'État, Étude de droit suisse*, (thèse Lausanne), 1974.

- CHABERT-PELTAT Catherine, Alain BENSOUSSAN, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Memento-guide Alain Bensoussan, Hermès, 1995.
- CNIL, *Dix ans d'Informatique et Libertés*, Economica, 1989 CNIL, Voix, image et protection des données personnelles.
- Code de la protection des données personnelles : annoté et commenté ; édition Dalloz 2018-2019.
- DESCHENAUX Henri et Paul-Henri STEIN AUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1986.
- Editions Législatives, *Protection des Données Personnelles : Réussir sa mise en conformité* 2<sup>ème</sup> édition : éditions législatives.
- EGLOFF Willi, « Future législation sur la protection des données, huit postulats syndicaux, analyse d'un article important », *Revue syndicale suisse* 76, 1984, p. 105-112.
- ENGEL Pierre, « La protection de la personnalité », in *Formation continue des Journalistes*, Lausanne, 1985.
- FERARL Christiane, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz.
- GARANCE Mathias, Amandine KASHANI-POOR, Aline ALFER, « Le Délégué à la Protection des Données (DPO) », *Revue Banque*, 7 janvier 2021.
- GROSSEN Jacques-Michel, « La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels) », in *Revue de droit suisse*, 1960, II, p. 1 a- 131 a.
- GROSSEN Jacques-Michel, « Les personnes physiques », in *Traité de droit privé suisse*, t. II/2, Fribourg, 1974, p. 1-99 (version allemande in : *Schweizerisches Privatrecht*, t. II, Bâle 1967, p. 285-377).
- Lamy, *Droit du Numérique* Edition 2015.
- Lamy, *Droit du numérique*, Guide pratique édition 2015.
- LARRIEU Jacque, *Droit de l'internet* 2<sup>ème</sup> édition Ellipses.
- Manuel de Droit Européen en matière de protection des données personnelles, Édition 2018.
- LO Mamadou, *Protection des données à caractère personnel en Afrique : Réglementation et Régulation*, Baol Editions.

- MATTATIA Fabrice, CNIL, *Le droit des données personnelles*, 2<sup>ème</sup> édition Eyrolles.
- RAIMOND Laurent, *La Protection des Données Personnelles : 100 Questions réponses pour comprendre et mieux se protéger*.
- TURK Alex, *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, édition Odile Jacob.

### **B. Rapports**

- Association francophone des autorités de protection des données personnelles AFAPDP, *Rapport annuel d'activités* de 2017.
- Autorité de protection des données à caractère personnel du Mali, *Rapports annuels d'activités* de 2015-2016 ; 2017 ; 2018 ; 2019 ; 2020.
- Commission de contrôle des informations nominatives (CCIN), *Rapport annuel d'activités* de 2016.
- Commission de l'informatique des libertés du Burkina Faso, *Rapports annuels d'activités* de 2010, 2011, 2012, 2013, 2015.
- Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Rapports annuels d'activités* de 2005, 2016, 2019.

### **III. Thèses-Articles-guides**

#### **A. Thèses de doctorat**

- CAZE DE MONTGOLFIER Sandrine, *La collecte, le stockage et l'utilisation des produits du corps humain dans le cadre des recherches en génétique : état des lieux historique, éthique et juridique ; analyse des pratiques au sein des biothèques*, sous la direction de Christian HERVE, Université de Paris V, 5 décembre 2002.
- CHAMBARDON Nicolas, *L'identité numérique de la personne humaine contribution à l'étude du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel*, présentée et soutenue en audience publique le 27 septembre 2018 à l'Université de Lyon 2.
- CIMAR Laurence, *Les aspects juridiques de la recherche biomédicale*, sous la direction de Patrick MAISTRE DU CHAMBON, Université Grenoble II, 1998.
- COULIBALY Ibrahim, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, dirigée par Etienne VERGES

et codirigée par Isabelle de LAMBERTERIE préparée au sein du Laboratoire : Centre de recherches juridiques (CRJ) dans l'École doctorale : sciences juridiques (460).

-DELOFFRE-VYE Frédérique, *La responsabilité pénale du chercheur scientifique*, sous la direction de Michael MASSE, Université de Poitiers, 2000.

-EL ATMANI Fatima, *La protection des informations à caractère personnel dans l'Union européenne*, sous la direction de Jean FRAYSSINET, Montpellier I, septembre 1996.

-FORTIER Charles, *L'organisation de la liberté de la recherche en France, Etude de droit public*, Université de Bourgogne, sous la direction de Bertrand MATHIEU, 13 décembre 2004.

-LABOILE Xavier, *Les aspects juridiques et éthiques du recueil des données médicales aux fins d'analyses épidémiologiques*, sous la direction de Jean-Marie AUBY, Université de Bordeaux IV, 4 janvier 2000.

-LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, sous la direction de Pierre CATALA, Paris II, 4 juillet 2005.

-LÖHRER Dimitri, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé : l'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français* sous la direction du professeur Olivier LECUCQ.

-MAROT Pierre-Yves, *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, sous la direction de Muriel FABRE-MAGNAN, Jean DANET, Université de Nantes, 14 décembre 2007.

-MAHY Kerzen, *La protection juridique des photographies*, le 9 décembre 2016 à l'Université Toulouse 1 Capitole.

-MANGIN Céline, *L'expression numérique du consentement contractuel* dirigée par Jacques LARRIEU, professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole, le 11 mars 2020.

-MARTEU Thierry, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, sous la direction de Laurence BOY, Université de Nice Sophia-Antipolis, 24 janvier 2009.

-N'DIAYE El Hadji Oumar, *La protection des bases de données par le droit d'auteur : approche comparative entre le droit français et le droit sénégalais* le 20 décembre 2017 à l'Université de Montpellier.

-OCHOA Nicolas, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale* : présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2014 à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne.

-OUOBA Clarisse, *Le droit à la vie privée au Burkina Faso : Conception, réalité juridique et socioculturelle*, sous la direction de Bernard BOULOC, Université de Grenoble 2, 11 décembre 2002.

-PERRAKI Panagiota, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen : étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen* soutenue le 20 septembre 2013, Université de Strasbourg.

-REA Vanessa, *La liberté de la recherche en matière bioéthique*, sous la direction de Thierry DEBARD, Université Jean Moulin (Lyon), 2009.

-TANO-BIAN Anmonka Jeanine-Armelle, *La répression de la cybercriminalité dans les Etats de l'Union européenne et de l'Afrique de l'Ouest*, soutenue à l'Université Paris Descartes Faculté de droit Ecole doctorale sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion - Ed 262 centre Maurice Hauriou (CMH).

-TONTASSE Marius Essohana, *L'unilatéralisme américain : Contribution à une conception réaliste du Droit International Public*, le 29 juin 2011.

-VERGNOLLE Suzanne, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, thèse de doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 7 décembre 2020 à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

-VIVANT Carole, *L'historien saisi par le droit : Contribution à l'étude des droits de l'Histoire*, sous la direction de Philippe PETEL, Université de Montpellier I, 6 décembre 2005.

#### **B. Mémoires de master**

-BOUETZ Martine, *La protection et la commercialisation des biobanques*, Master 2 droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies, Université Pierre Mendès-France, Grenoble 2, sous la direction de M. J.-M. BRUGUIERE et de Mme A. FAVREAU, 2009-2010.

-DÉTRAIGNE Yves et Mme Anne-Marie ESCOFFIER, *La vie privée à l'ère des mémoires numériques : pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information.*

-KANE Mamadou Alpha, *Données à caractère personnel et communications électroniques en Mauritanie : une régulation par l'autorité de régulation multisectorielle (are) ou par une autorité administrative indépendante (AAI) à créer ?*

-WOZNY Mallorie, *Exploitation des données personnelles : raison commerciale, raison d'état et opportunités* soutenue en 2017 à l'Université de Lyon.

### C. Articles

-ANDRIANTSIMBAZOVINA Joel, « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif » de, *Revue générale du droit*, chronique de droit des libertés, 2019.

-BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL Genève, *Protection des données personnelles des travailleurs.*

-CNIL : *Communication politique : obligations légales et bonnes pratiques*, 2012.

-CYNTHIA Chassigneux, « L'informatisation des dossiers médicaux et la protection des données de santé ou les enjeux du transfert des données médicales dans une perspective internationale », in *Dossier médical et données de santé.*

-GUILLOT Philippe Ch.-A., *Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention.*

-LAFFAIRE Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel*, édition d'organisation, 2005.

-LAVERGNE Benjamin, Mehdi MEZAGUER, *Les data : nouveau trésor des partis politiques ? Croyances, constitutions et usages comparés des données numériques au Parti Socialiste et à l'Union pour un Mouvement Populaire* Regards sur le droit au procès équitable.

-« La vie privée sur le lieu de travail : mythe ou réalité de la Commission de la Vie Privée », *CPVP : avis et recommandations*, janvier 2015.



-MALLET Nathalie, chargée de recherche au CNRS de Anaïs Theviot Sciences-po Bordeaux, « Protection de la vie privée et des données à caractère personnel » centre Émile Durkheim.

-MATHIAS, Patriot Act : *Enjeux, cloud computing et accès aux données* ;

-OPEN MINDED intitulé : « Tout savoir sur le Règlement Général sur la Protection des Données ».

- TRUDEL Pierre, « État de droit et effectivité de la protection de la vie privée dans les réseaux du e-gouvernement » du Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

#### **D. Guides**

-Bird et Bird : *Guide sur le Règlement Européen relatif à la protection des données personnelles*.

-CNIL, *Guide pratique de la CNIL pour les collectivités locales*.

-CNIL, *L'utilisation des fichiers de données personnelles à des fins de politiques*.

-CNIL, *Guide sur la Sécurité des données personnelles*.

-CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés*, édition 2010.

-Conseil de l'Europe *Fiche thématique sur la protection des données personnelles : données ADN et empreintes digitales* octobre 2020.

-Commission nationale pour la Protection des Données (CNPD), *Règlement Général sur la protection des Données, guide pratique pour le monde associatif*.

-Conseil européen, *Registre Général d'activités de traitement de données personnelles*.

-Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne, *Guide de la jurisprudence européenne en matière de protection des données à caractère personnel*.

-Fédération des industries électroniques et de communication, *Guide pratique sur la gestion des données personnelles dans l'entreprise en France*.

-Forum genevois de la Sécurité, *Recommandations sur la vidéosurveillance* juin 2015.

-Iris plus 2011-6, *les limites à l'utilisation des données personnelles* (Susane Nikoltech Ed. Observatoires Européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2011).

-*Manuel de droit européen en matière de protection des données*, édition 2018.

-Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail*, octobre 2014.

-Système d'Information des polices d'Afrique de l'Ouest (SIPAO), *Les bonnes pratiques en matière de protection des données à caractère personnel*.

#### **IV. Jurisprudence**

##### **A. Jurisprudence des Autorités administratives indépendantes**

##### **1. Autorité de protection des données à caractère personnel (« APDP »)**

###### **a. Normes**

-Délibération n°-2017-045/APDP du 16 octobre 2017 portant sur la mise en place de dispositifs de contrôle d'accès sur les lieux de travail

-Délibération n° 2017-027/APDP du 16 août 2017 portant modification de la délibération n° 2016-003 du 10 août 2016 relative aux formalités nécessaires au traitement des données à caractère personnel

-Délibération n° 2017-017/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions nécessaires à l'utilisation des dispositifs biométriques pour le contrôle d'accès aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail

-Délibération n° 2017-024/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions de mise en place de système de vidéosurveillance sur les lieux privés et les lieux de travail

-Délibération n° 2017-023/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions de mise en place de système de vidéosurveillance sur la voie publique et dans les espaces publics.

###### **b. Autres délibérations**

-Délibération n° 2020-0156 du 04 décembre 2020 portant sanction la Société Baobab Mali ;

## **2. Commission nationale de l'informatique et des libertés**

-Délibération n° 2014-298 du 7 août 2014 de la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés portant encontre un avertissement public à l'encontre de la Société Orange-France ;

-Délibération de la formation restreinte n° 2015-379 du 5 novembre 2015 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X ;

-Délibération n° 2013-420 de la CNIL du 03 juillet 2014 prononçant des sanctions à l'encontre de Google.

## **3. Commission nationale pour la protection des données à caractère personnel du Gabon**

-Délibération n° 006/2018 du 20 décembre 2018 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Axione Gabon SA, disponible sur le site web de la CNPDCP.

## **B. Jurisprudence (Cour et tribunaux)**

### **1. Cour européenne des droits de l'homme**

-Cour eur. D.H., Sunday Times, arrêt du 26 avril 1979, série A, n° 3, § 59.

-CEDH 20 Juin 1988 « Schonenberger et Durmaz contre Suisse » ;

- CEDH, Oberschlick, arrêt du 23 juin 1991, série A, n° 204, § 60.

-CEDH 4 décembre 2008 « S. et Marper contre Royaume Uni »

-CEDH 4 décembre 2015 « Roman Zakharov contre Russie » Aff.47143/06, pt.247 ;

-CEDH 12 janvier 2016 « Szabo and Vissy contre Hongrie » Aff. 37138/14, pt.65 ;

### **2. Cour de justice de l'Union européenne**

-CJUE, C-553/07, Collège van burgemeester en wethouders van Rotterdam c.M.E.E. Rijkeboer.

-CJCE, 6 nov. 2003, comm. Com. Elect. 2004, comm.46, note Munoz, D. 2004, p.470, D. 2004, p. 1062, obs. Burgogue-Larsen.

- CJUE, gde ch., 9 mars 2010, République fédérale d'Allemagne c. Commission, C-518/07. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. Aubert, Broussy et Donnat, 2010, p. 938-939 ; Kranenborg.
- CJUE arrêt du 9 mars 2010, relative à l'indépendance des autorités de protection des données visée à l'article 28 de la directive du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995.
- CJUE 5 mai 2011 « Deutsche Telekom contre Allemagne » Aff. C-543/09.
- C.J.U.E., gde ch., 16 octobre 2012, République d'Autriche c. Commission, C-614/10.

### 3. Conseil d'Etat français

- CE arrêt n° 362944 association contre la CNIL.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> / 9<sup>ème</sup> SSR, 23/03/2015, 353717.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 04/06/2012, 334777.
- CE, 27 juillet 2012, n° 340026, Société AIS 2 c/CNIL.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> - 9<sup>ème</sup> chambres réunies, 06/06/2018, 412589.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> / 9<sup>ème</sup> SSR, 30/12/2015, 385019.
- Conseil d'Etat en date du 19 juillet 2010 sous le n° 317182, relatif aux « fichiers d'élèves».
- Conseil d'Etat, Ass., n° 317827 du 26 octobre 2011 relatif au passeport biométrique.
- Conseil d'Etat Société Odéolis c/ CNIL, CE, 15 décembre 2017, n° 403776.
- CE, 24 août 2011, n° 336382, HSBC Private Bank (Suisse) SA.
- CE, 23 mars 2015, n° 353717, Association LexEEK pour l'accès au droit.
- Conseil d'État, le 30 décembre 2015 sous le n° 372230 concernant la Société "les laboratoires Servier".
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> / 9<sup>ème</sup> SSR, 23/03/2015, 353717.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 04/06/2012, 334777.
- Affaire SARL Aderanet et autres contre la CNIL (CE, 18 décembre 2015, n° 381254.
- Conseil d'Etat, Section, du 27 octobre 1999, 196306, publié au *Recueil Lebon*.
- CE, 27 juillet 2012, n° 340026, Société AIS 2 c/CNIL.

- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup>- 9<sup>ème</sup> chambres réunies, 06/06/2018, 412589.
- Conseil d'État, 10<sup>ème</sup> / 9<sup>ème</sup> SSR, 30/12/2015, 385019.
- CE, 30 déc.2009, n°306173, *Rec. CE*, Comm. com. électr. 2010, comm 36, note déc.2009, n°312051, *Rec. CE* ; voir aussi, sur la collecte déloyale en vue de l'établissement d'une liste noire d'adjudicataires défaillants, CNIL, délibération n° 2012-079 du 24 mai 2012, portant avertissement : comm. com. électr. 2012, n° 9, comm.93, note LOISEAU G.
- CE, 26 oct. 2011, n° 317827, Association pour la promotion de l'image.
- CE, 30 déc. 2009, n° 312051, Assco. SOS Racisme, *Juris-Data*, n° 2009-017599 ; *JCP A* 2010, act.45 ; *AJDA* 2010, n° 24, p. 3, obs. BRONDEL S. ; *LPA* 3 févr.2010, n° 24, p. 3, obs. ROUAULT M.-C., ; *DR. adm.* 2010, comm. 27 ; *JCPA* 2010.
- CE. EFFIA Services, Synd. Sud Rail c/EFFIA.
- CE 26 juill. 2006, n° 285714, GISTI, *Juris-Data*, n° 2006-070605, *Dr. adm.* 2006, comm. 156.
- CE, 28 juill. 2004, n° 262851, Fathy X, *Comm. Com. électr.* 2005, comm. 61.
- CE, 30 déc.2009, n°312051, Association SOS et a., *JCP A* 2010, n°2, act.45 ; *LPA* 2010, n°24, p.3, obs. Rouault M-C.
- CE, 19 avril 2010, n°337458 tiré du livre de Lamy sur le *Droit du Numérique*, édition 2015.
- CE, 7 avril 2006, *AJDA* 2006, p. 789, obs.Brondel S., *JCP G* 2006 IV, n° 2027).
- CE, 11 avril 2014, n° 360500.
- CE, 11 avr. 2014, n° 360500.
- CE 5 décembre 2012, n° 319545, *Rec. CE*.
- CE, 29 juin 2011, n° 339147, *Rec. CE* tables.
- CE, 21 mai 2008, n° 301178.
- Cour de cassation de France.
- Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036.
- Cass. soc., 6 avr. 2004, n° de pourvoi : 01-45227.
- Cass. soc., 25 juin 2013, n°12 16218.
- Cass. crim., 14 mars 2006, n°05-83.423 ; Belloir P., Le délit de collecte déloyale de données à caractère personnel à l'épreuve d'internet.

-Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-20845 : *Bull.* n° 117 ; CCE juill. août 2012, com. 84, note E.A. CAPRIOLI ; *D.* 2012.1066, obs. J. SIRO.

#### **4. Tribunal de Grande Instance et Cour d'Appel (France)**

-TGI Paris, 4 avr. 2006, *RLDI* 2006/16, n° 480, obs. AUROUX J.-B.

-CA-Paris, 13<sup>ème</sup> chambre A., 15 mai 2007, RG n° 01964, CCE, 2007, n° 144, note CARON—CA Paris, 13<sup>ème</sup> ch. B., 27 avril 2007, RG n° 06/02334 ; *Gaz. Pal.* 13-15 janvier 2008 n° 13 à 15, p. 9.

-CA Besançon, 31 janv. 2007, *Juris-Data*, n° 328717/2007, *D.* 2007, pan. 2771, obs. LEPAGE A.

-C.A Bordeaux, 3<sup>ème</sup> Ch. 18 décembre 2013, n° 13/00130, Min. publ et a, LAURENT R.

#### **V. Webographie**

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr);

[www.wikipédia.com](http://www.wikipédia.com);

<https://www.haas-avocats.com>;

[leparticulier.lefigaro.fr](http://leparticulier.lefigaro.fr);

<https://www.partitio.com>;

Source: [www.developpez.com](http://www.developpez.com);

<https://kiosque.bercy.gouv.fr>;

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2007-05-23/288149>;

<https://www.apdp.ml>

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr);

<https://www.revuegeneraledudroit.eu>);

<https://www.cnil.fr/fr/statut-et-organisation-de-la-cnil>;

<https://www.murielle-cahen.com/publications/donnees.asp>;

<https://www.ladissertation.com>;

[https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/passeport-biometrique#\\_ednref3](https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/passeport-biometrique#_ednref3);

[leparticulier.lefigaro.fr](http://leparticulier.lefigaro.fr) ;

<https://www.conseil-etat.fr/actualites>;

<https://www.dalloz-actualite.fr>;  
<https://www.cnil.fr/fr/statut-et-organisation-de-la-cnil>;  
<http://www.servat.unibe.ch>;  
<http://www.europarl.europa.eu/thinktank> ;  
<https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-sur-la-protection-des>  
<https://aurelienbamde.com/2018/12/14/rgpd-le-principe-de-finalite>  
<http://www.cnpd.lu>  
[www.legalis.net](http://www.legalis.net).  
[www.legisocial.fr/vie-entreprise/documents-et-affichages-obligatoires/protection-donnees-personnelles-cadre-contrôle-access-horaires-travail.html](http://www.legisocial.fr/vie-entreprise/documents-et-affichages-obligatoires/protection-donnees-personnelles-cadre-contrôle-access-horaires-travail.html)  
<https://www.village-justice.com/articles/Accomplissement-des-formalites>  
<https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404>  
[www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)  
[http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pouvoir\\_reglementaire.htm](http://www.toupie.org/Dictionnaire/Pouvoir_reglementaire.htm)  
<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-les-sanctions-administratives>  
<https://www.editions-legislatives.fr/sanction-disciplinaire>  
<https://www.google.com/search>  
<https://www.avocats-mathias.com/donnees-personnelles/communication-donnees-personnelles-destinataire-tiers-autorise>  
[www.youtube.com](http://www.youtube.com).





**LA SURVEILLANCE DES EMPLOYES SUR LES LIEUX DE  
TRAVAIL ET LA PROTECTION DES DONNEES A  
CARACTERE PERSONNEL EN DROIT MALIEN**

**Mahamadou Aly HAIDARA,  
doctorant en droit public à l'Institut  
de pédagogie universitaire (IPU)  
Bamako-Mali**

**Résumé :** *Touchant quasiment à plusieurs branches du droit notamment les droits de l'homme, le droit de travail, le droit des libertés publiques, le législateur malien a, pour trouver l'équilibre entre la surveillance des employés sur les lieux de travail qui est un droit légitime de l'employeur et la protection des données à caractère personnel, un droit fondamental pour le salarié, soumis à des obligations, le traitement de données personnelles effectués sur les lieux de travail dans le cadre de la surveillance.*

*Ainsi, si l'employeur dispose légitimement du droit de surveiller son entreprise, il doit le faire conformément aux dispositions légales en la matière.*

**Mots clés :** *surveillance, droit légitime, lieu de travail, obligations, violation, effets, conséquences*

Avec l'essor du numérique, les organismes, les entreprises, de la petite et moyenne entreprise (PME) aux multinationales en passant par les structures étatiques ou paraétatique tous, sont amenés à traiter, *de plus en plus*, d'informations à caractère personnel. Qu'il s'agisse de la gestion du recrutement, de la gestion de la clientèle, de la gestion des systèmes de contrôle d'accès par badge ou par biométrie, de la vidéosurveillance, de la géolocalisation ou de la cyber surveillance, la mise en œuvre de chacun de ces systèmes nécessite la collecte ou *tout*

*simplement le "maniement" des données à caractère personnel.*<sup>1</sup> Or, il faut reconnaître que les nouvelles méthodes de collecte ou de traitement de ces données à caractère personnel, *du fait de leur digitalisation*, présentent de risques majeurs pour les travailleurs notamment, en ce qui concernent leurs droits et libertés publiques sur les lieux de travail d'où la nécessité de les encadrer.

La protection des données personnelles étant un droit pour tout citoyen, n'est-il pas utile de savoir s'il faut fixer des limites *aux contrôles que peuvent exercer les employeurs sur les salariés* ? A titre de rappel, au Mali, le respect de la vie privée est consacré par la Constitution du 25 février 1992 qui, conformément aux dispositions de son article 6 : « le domicile, le domaine, la vie privée et familiale, le secret de la correspondance et des communications sont inviolables. Il ne peut y être porté atteinte que dans les conditions prévues par la loi ».<sup>2</sup>

En effet, cette consécration par le constituant malien est consécutive des engagements pris par l'Etat sur le plan international dans le domaine des droits de l'homme. Outre le constituant, le législateur malien a, en 2013, transposé dans l'ordre juridique interne, l'acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO par la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel qui fut modifiée par la loi n° 2017-070 du 18 décembre 2017.

Cette loi, entrée en vigueur le 21 mai 2013 dispose que l'informatique doit être au service des individus et *non le contraire*. A ce titre, « elle doit respecter l'identité humaine, les droits de l'homme, la vie privée, les libertés publiques et individuelles ». Pour sa mise en œuvre, elle institue une Autorité administrative indépendante (AAI) chargée d'assurer, *sur toute l'étendue du territoire national*, la protection des données à caractère personnel et de participer à la réglementation

---

<sup>1</sup> Que ce soit au moment de s'engager dans une relation de travail, au cours de l'occupation professionnelle proprement dite ou au terme de cette relation, il y a collecte et traitement de données à caractère personnel, ce qui fait donc surgir des aspects relatifs à la protection de la vie privée

<sup>2</sup> Article 6 de la Constitution du 25 février 1992.

du secteur. Composée d'un organe délibérant collégial de quinze commissaires désignés pour un mandat de sept ans non renouvelable qui élisent en leur sein un bureau de cinq membres dont un président, deux vice-présidents et deux rapporteurs, l'APDP, elle dispose aussi des services techniques sous la supervision d'un secrétariat général.

Chargée d'assurer la régulation d'un domaine très sensible, l'Autorité est investie d'une mission d'information et de sensibilisation, de contrôle, de régulation du secteur, d'anticipation, de représentation. Si la surveillance des employés est un droit légitime corollaire des pouvoirs de direction de l'employeur (I), il n'en demeure pas moins que ce droit légitime demeure encadré par des garde-fous dont le non-respect de ses ouvre à des sanctions conformément aux dispositions légales en la matière (II).

### **I. La surveillance des employés : corollaire des pouvoirs de direction de l'employeur**

La vulgarisation des technologies de l'information et de la communication (TIC) a fait bouleverser les rapports entre la vie privée et le travail. En effet, l'individu, une fois acquis le statut « d'employé » perd une partie de ses libertés afin de mener à bien les taches qui lui sont confiées. Comme le dit Panagiota Perraki dans sa thèse : « l'individu doit passer une grande partie de son temps à son travail et, durant cette période, il est tenu d'exécuter ses tâches sous le contrôle et l'autorité de son employeur ». C'est l'essence même du contrat de travail. Et l'employeur est avant tout un chef d'entreprise qui a intérêt à diriger l'activité menée par son entreprise, mais aussi les hommes qui y participent.<sup>3</sup>

Certes, chaque employeur dispose du droit de mettre en œuvre, sur son lieu de travail, un dispositif de surveillance mais, force est de reconnaître que beaucoup de ces salariés sont aujourd'hui

---

<sup>3</sup> La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen : étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen Université de Strasbourg, 2013. Français. ffNNT : 2013STRAA013ff. fftel-00997155f

« dérangeables » partout et à tout moment, dans un total mépris pour leur vie privée nonobstant l'existence des dispositions légales en la matière. En un mot, la vie privée risque d'être malmenée tout simplement parce que le salarié peut « être filmé ou écouté à son insu ».<sup>4</sup>

Pour être conforme au principe universel qui dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée », le législateur malien a soumis les traitements de données à caractère personnel effectués sur le territoire national à des obligations destinées à protéger la vie privée et les libertés individuelles des salariés sur les lieux de travail. Ainsi, sans vouloir restreindre le droit légitime du responsable à la surveillance de son lieu de travail, les dispositions légales exigent que chaque outil de surveillance ait un objectif déterminé et légitime (A), transparent et proportionné (B).

#### ***A. La surveillance du lieu de travail : un droit légitime encadré pour l'employeur***

Le droit légitime de la surveillance des employés conféré à l'employeur résulte de l'obligation de loyauté des employés.

##### *1. Un pouvoir de contrôle résultant de l'obligation de loyauté des employés*

Les relations de travail constituent un cadre particulièrement délicat d'application des dispositions de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, relative à la protection des données à caractère personnel. En effet, comme mentionné *supra*, le contrat de travail suppose l'existence d'un lien de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie. Cette subordination est caractérisée par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir

---

<sup>4</sup> Preuve et surveillance des salariés : regard français Bernard Bossu et Alexandre Barège ; Volume 54, numéro 2-3, juin–septembre 2013 URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1017614ar> DOI : <https://doi.org/10.7202/1017614ar>

de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements.<sup>5</sup>

Donc, l'employeur est légitimement en droit d'attendre de ses employés qu'ils exécutent leur contrat de travail dans le respect de l'obligation générale de loyauté.<sup>6</sup> A ce titre, il est évident, non seulement que l'employeur est habilité à restreindre la liberté de ses subordonnés pour mener à bien ses activités et « à exercer une emprise physique et psychologique sur eux, mais aussi que ces derniers s'accordent à limiter une partie de leur liberté lorsqu'ils entrent dans la relation salariale ».<sup>7</sup> Ainsi, toute activité de direction, de contrôle et de discipline nécessite la mise en place d'une surveillance, ce qui implique nécessairement la collecte et le traitement des informations sur la vie privée du salarié au temps et au lieu du travail.

En effet, la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, donne une définition très large de la notion de « donnée à caractère personnel » qui englobe toutes « informations existant sous diverses formes et permettant d'identifier directement ou indirectement une personne, par référence à un numéro d'immatriculation ou à un ou plusieurs éléments propres à son identité physique, physiologique, biométrique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique. Elles peuvent être des identifiants universels permettant de raccorder entre eux,

---

<sup>5</sup> Article L. 13 de la loi n° 92-020 / portant Code du travail en République du Mali : « Le contrat individuel de travail est la convention en vertu de laquelle une personne s'engage à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelée employeur ».

<sup>6</sup> A ce niveau, notons qu'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 25 novembre 2003 à ce titre souligné que « l'ensemble des textes nationaux ou internationaux visant à protéger la vie privée notamment des salariés sur le lieu de travail ne saurait créer une zone d'impunité pour des fautes commises à l'encontre de son propre employeur ou des tiers » CA Aix-en-Provence, 1<sup>ère</sup> Ch. A.

<sup>7</sup> La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen : étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen Université de Strasbourg, 2013. Français. ffNNT : 2013STRAA013ff. fftel-00997155f;

plusieurs fichiers constituant des bases de données, ou de procéder à leur interconnexion ».<sup>8</sup>

Il résulte de cette définition légale que les données à caractère personnel sont des informations concernant une personne *identifiée* ou *identifiable*, une donnée qui fait sortir une personne de l'anonymat. Ainsi, une personne est identifiée lorsque les informations recueillies sur elle permettent de la reconnaître clairement. A titre d'exemple : M. Abdel Karim, professeur de français au lycée public de Sansanding. Par ailleurs, une personne est identifiable si des informations complémentaires peuvent être obtenues sans effort déraisonné, permettant l'identification de la personne concernée. Exemple : M. Traoré, enseignant résidant à Sansanding-Kanadjiguila est propriétaire du numéro de téléphone 11 00 00 00.

#### *2. Quelques traitements de données pour la surveillance des employés sur les lieux de travail*

Les traitements courants dans les organismes sont entre autres, la tenue du registre de présence, le contrôle d'accès par badges ou par biométrie, la vidéosurveillance, l'écoute et l'enregistrement des appels, le contrôle de l'utilisation de l'internet<sup>9</sup> et de la messagerie électronique, la géolocalisation des véhicules, la fouille.

#### ***B. Les obligations de l'employeur***

Dans le cadre de la surveillance du salarié sur les lieux de travail, des obligations sont mises à la charge des responsables de traitement par le législateur malien. Il s'agit de l'obligation de la fixation d'une finalité déterminée et légitime (1), de transparence dans le

---

<sup>8</sup> Article 3, alinéa 5 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée,

<sup>9</sup> La Cour de cassation française a énoncé dans un arrêt en date du 14 mars 2000, que jouer sur le lieu de travail est « illégal ». A ce titre, elle avait donné raison à l'employeur qui avait licencié pour faute grave son employé pour s'être livré, pendant son heure de travail et en utilisant le matériel de l'entreprise, à des jeux -notamment des paris sportifs- avec des tiers (Soc.14 mars 2000, n° 98-42.090, *Bull. civ. V.*

traitement (2) et du respect de la proportionnalité dans l'utilisation du dispositif en question (3).

*1. Un pouvoir de surveillance pour des finalités déterminées, explicites et légitimes de l'employeur*

Une finalité déterminée et explicite signifie qu'elle doit non seulement être décrite de manière précise, mais elle doit également l'être de « manière claire et intelligible ». Pour paraphraser Aurélien Bamde, le principe de finalité est, sans aucun doute, « la pierre angulaire » de la loi portant protection des données à caractère personnel. Il signifie que, « pour être licite, un traitement de données à caractère personnel doit être assorti d'une finalité. Autrement dit, la collecte de données à caractère personnel ne peut jamais être une fin en soi. Pour être mise en œuvre, elle doit être justifiée par la poursuite d'un but déterminé ».

La déloyauté avérée est sanctionnée par l'Autorité. Ainsi, dans l'affaire opposant un salarié à la Société Baobab Mali, l'Autorité a relevé que caractérisent « les moyens frauduleux, déloyaux et illicites, l'accès et la collecte de données à caractère personnel auprès d'un tiers à l'insu de la personne concernée ». <sup>10</sup> Sont ainsi considérés comme illicites, les traitements effectués pour toutes finalités utiles, sans objet suffisamment déterminé conformément à la jurisprudence qui exige que les finalités soient décrites de façon compréhensibles pour chacun, en particulier pour le citoyen moyen. <sup>11</sup> La détermination de la finalité permet aux personnes concernées <sup>12</sup> d'être au parfum de l'objectif poursuivi par le traitement portant sur leurs données, notamment les effets qui en découleront. Elle permet également aux

---

<sup>10</sup> Délibération N 0 2020-0156/APDP du 4 décembre 2020 portant sanction de la Société Baobab Mali.

<sup>11</sup> Rapport de Belgian Longitudinal Health information system EelHIS sur la vie privée et intégration des données de santé.

<sup>12</sup> Article 3 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, définit la « Personne concernée » comme toute personne qui fait l'objet d'un traitement de donnée à caractère personnel.

personnes concernées d'exercer ultérieurement leurs droits *d'accès, d'opposition, de rectification, de suppression, entre autres*.<sup>13</sup>

Selon Maître Alain Benssoussan, avocat à la Cour d'appel de Paris, : « il est possible de considérer que la finalité d'un traitement correspond aux objectifs principaux assignés au traitement et aux fonctions substantielles mises en œuvre dans le cadre de celui-ci ». Autrement dit, la finalité permet, comme ci-dessus évoqué, de déterminer la pertinence des données recueillies et de fixer la durée de conservation des données du traitement. A cet effet, avant la mise en œuvre de tout traitement de données personnelles, il importe donc, d'identifier les finalités poursuivies avec précision et de s'assurer, qu'aucune de ces finalités n'est contraire à une disposition législative ou réglementaire.<sup>14</sup>

En effet, les outils de contrôle mis en œuvre par l'employeur à l'égard de l'entreprise doivent, chacun, répondre à des finalités *déterminés, explicites et légitimes*. Chaque dispositif de surveillance des employés doit avoir une "raison spécifique" pour laquelle les données des employés sont collectées et traitées. Si la finalité doit, un jour, évoluer, cette évolution doit être opérée « en toute transparence » à l'égard des personnes concernées en l'occurrence, les employés et dans le respect de leurs droits respectifs prévus par les dispositions des articles 15 et suivants de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée. Le responsable de traitement doit *recueillir le consentement des personnes pour ce nouvel objectif*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> CE, 30 déc.2009, n° 306173, *Rec. CE*, Comm. com. électr. 2010, comm 36, note déc. 2009, n° 312051, *Rec. CE* ; voir aussi, sur la collecte déloyale en vue de l'établissement d'une liste noire d'adjudicataires défaillants, CNIL, délibération n° 2012-079 du 24 mai 2012, portant avertissement : comm.com. électr.2012, n° 9, comm.93, note LOISEAU G.)

<sup>14</sup> Alain Benssoussan, avocat à la Cour de Paris, spécialiste en droit de nouvelles technologies avancées, fondateur et président du réseau Lexing, premier réseau international d'avocats dédié au droit des technologies avancées, de l'association Data Protection Officers (ADPO) pour accompagner les DPO.

<sup>15</sup> <https://www.mirobolus.fr/la-notion-de-finalite-de-traitement> ;



Au regard de ce qui précède et conformément aux dispositions légales, la collecte de données « au cas où » est proscrite.<sup>16</sup> La détermination de la finalité est un préalable et doit se faire en amont de la collecte.<sup>17</sup> Ainsi, il est recommandé au responsable de traitement de documenter sa démarche et être en mesure de justifier la finalité communiquée à la personne visée. Quant à la légitimité d'une finalité, celle-ci renvoie à des fondements établis par la doctrine.<sup>18</sup> Ainsi, pour être licite, tout traitement doit : a-soit avoir reçu le consentement, b-soit être nécessaire : à la sauvegarde de la vie de la personne concernée, au respect d'une obligation légale, à l'exécution d'un contrat souscrit par les employés ou des mesures contractuelles les concernant, à la réalisation de l'intérêt légitime par l'employeur, ou le destinataire, ou par un tiers.

A ce niveau, est-il nécessaire de rappeler qu'outre le respect des principes édictés par la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel, l'exigence de légitimité peut aussi renvoyer à la prise en compte d'autres sources de légalité notamment le droit du travail, le droit de la consommation, la jurisprudence, la coutume, la déontologie.<sup>19</sup>

## 2. L'obligation de transparence

En droit de la donnée, l'accomplissement des démarches préalables auprès de l'Autorité de protection des données à caractère personnel est le premier élément de transparence. La licéité du traitement dépend en grande partie de l'accomplissement de ses démarches. En effet, par principe, tout traitement de données personnelles doit faire l'objet, de la part du responsable du traitement, de formalités

---

<sup>16</sup> Aurélien BAMDE, responsable juridique au Crédit agricole, docteur en droit, titulaire du CAPA dans *Droit des personnes, Loi informatique et libertés*, RGPD Posted déc. 14, 2018.

<sup>17</sup> La finalité doit être définie précisément avant toute mise en œuvre d'un traitement de données personnelles ;

<sup>18</sup> L'objectif doit être légitime, c'est-à-dire respecter le cadre légal en vigueur et ne doit pas être modifié par la suite, si non, on parlera alors de *détournement de finalité*.

<sup>19</sup> <https://aurelienbamde.com/2018/12/14/rgpd-le-principe-de-finalite> ;

préalables auprès de l'Autorité. Donc l'employeur étant le responsable du traitement des données des salariés il a, à cet effet, l'obligation d'accomplir auprès de l'APDP, des formalités préalables. Ces formalités s'accomplissent à travers des formulaires dédiés à cet effet.

a. L'accomplissement de formalités auprès de l'APDP

L'obligation de cette démarche vise à rendre licite le traitement. A défaut de l'accomplissement de ces formalités, en plus des sanctions prévues par les textes, le responsable du traitement encourt « à la nullité de son acte », c'est-à-dire son traitement ainsi que « les effets y afférents ». Etape très importante pour la licéité des traitements, les formulaires utilisés pour l'accomplissement des formalités préalables comportent l'engagement des responsables du traitement que le traitement est conforme aux exigences de la loi relative aux données à caractère personnel.

Les différents régimes sont :

-Le régime de droit commun (la déclaration normale), le principe est que tout traitement automatisé ou non, avant sa mise en œuvre, doit faire l'objet d'une déclaration normale auprès de l'Autorité.

-La demande d'autorisation : en raison de leur caractère intrusif ou des risques particuliers qu'ils peuvent créer, certains traitements ne peuvent être mis en œuvre qu'après avoir reçu l'autorisation.

-La demande d'avis pour les décisions administratives instituant des mesures de surveillance des agents publics.<sup>20</sup>

En vertu des dispositions de l'article 7 de l'acte additionnel de la CEDEAO, les demandes d'avis, les déclarations et les demandes d'autorisation doivent préciser : l'identité et l'adresse du responsable du traitement ou, si celui-ci n'est pas établi sur le territoire malien, celle de son représentant dûment mandaté ; la ou les finalités du traitement ainsi que la description générale de ses fonctions ; les données à caractère personnel traitées, leur origine et les catégories de personnes concernées par le traitement ; la durée de conservation des données traitées ; le ou les services chargés de mettre en œuvre le

---

<sup>20</sup> Délibération n° 2016-003 modifiée, relative aux formalités nécessaires aux traitements de données personnelles.

traitement ainsi que les catégories de personnes qui, en raison de leurs fonctions ou pour les besoins du service, ont directement accès aux données enregistrées ; les destinataires habilités à recevoir communication des données ; la fonction de la personne ou le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès ; les mesures mises en œuvre pour assurer la sécurité et la confidentialité des données ; l'indication du recours à un sous-traitant.

Il est à noter qu'en plus des points précédemment énumérés, doivent figurer sur les formulaires de demande d'avis et d'autorisation les points suivants : les interconnexions envisagées ou toutes autres formes de mise en relation avec d'autres traitements ; les transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un pays tiers non membres de la CEDEAO ou de l'UEMOA, sous réserve de réciprocité.<sup>21</sup>

b. L'obligation d'information

Les textes régissant les relations de travail disposent *expressément* qu'aucune information concernant personnellement un employé ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté « préalablement » à sa connaissance.

-L'information et la consultation des représentants du personnel

En application des dispositions de la loi n° 92-20 portant code du travail modifié en République du Mali, notamment les article L246<sup>22</sup> et L278<sup>23</sup>, les syndicats et les délégués du personnel sont consultés sur

---

<sup>21</sup> Article 7 de l'acte additionnel a/sa.1/01/10 relatif a la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO.

<sup>22</sup> Article L.246 : Ils peuvent être consultés sur tous les différends et toutes les questions se rattachant à leur spécialité.

<sup>23</sup> Article L.278 : Les délégués du personnel ont pour mission : -de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels ; -de saisir l'inspecteur du travail de toutes plaintes ou réclamations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée

toutes questions touchant aux conditions du travail et la protection des travailleurs et peuvent se prononcer sur l'application des prescriptions légales et réglementaires.<sup>24</sup> Toutefois, il importe de souligner que l'avis exprimé par le comité d'entreprise ou par le comité technique paritaire, en ce qui concerne la fonction publique ou toute instance équivalente, est « purement consultatif », ne lie aucunement l'employeur.

En effet, il a été rappelé par les juges de la Cour de cassation française à plusieurs reprises que : « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés » ou encore « L'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, l'emploi de procédé clandestin de surveillance étant toutefois exclu ».<sup>25</sup>

A cet égard, suite aux dénonciations des syndicats de l'Agence pour la promotion des investissements au Mali (API-MALI), et du Centre national de la cinématographie du Mali (CNCM), l'Autorité a rappelé que la consultation des représentants du personnel ou du

---

d'assurer le contrôle ; -de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet ; -de communiquer à l'employeur toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration de l'organisation et du rendement de l'entreprise.

<sup>24</sup> Lorsqu'il existe un comité d'entreprise, l'employeur a également l'obligation de l'informer avant de mettre en œuvre des « traitements automatisés de la gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci ». Il doit également le consulter préalablement à tout projet important d'introduction de nouvelles technologies, lorsque celles-ci sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail du personnel (C. travail français, art. L2332-32 ; L432-2). Tiré du livre de Christiane FERAL-SCHUHL intitulé : *Cyber droit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6<sup>ème</sup> édition.

<sup>25</sup> Soc.14 mars 2000, n° 1270, n° 98-40.090, *Bull. ci.V*, n° 101. à propos d'un système d'écoute des conversations téléphoniques ; tiré du livre de Christiane FERAL-SCHUHL : *Cyber-droit : le Droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition.

comité syndical, pour l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, résulte de l'application des prescriptions légales régissant les relations entre les travailleurs et l'employeur.<sup>26</sup>

-L'information préalable des autres employés (art.15 de la loi sur les PDP)

La transparence entend également que l'employeur mette en place une surveillance connue du personnel. À défaut, il faut considérer que l'élément de preuve obtenu à l'aide du dispositif de surveillance l'a été par un moyen *illicite*, ce qui le rend *irrecevable*. Ainsi, les procédés clandestins de surveillance ne sont pas admissibles. Un arrêt a posé en principe que, « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu, constitue un mode de preuve illicite ». <sup>27</sup> En effet, conformément aux dispositions de l'article 15 de la loi n° 2013-015 relative à la loi portant protection des données à caractère personnel, tout dirigeant doit informer ses salariés sur l'existence d'un traitement de leurs données personnelles. Peu importe la nature de ces traitements.

Qu'il s'agisse ainsi, d'un mécanisme de vidéo-surveillance, d'enregistrement des appels, du contrôle de la messagerie, du contrôle d'accès, de la géolocalisation d'un véhicule, chaque salarié doit être au courant qu'il fait l'objet d'une attention particulière de son employeur, quant à ce qu'il fait ou ce qu'il dit. Cette information comme prévu par les dispositions légales et réglementaires, peut se faire sur plusieurs supports tels que, le règlement intérieur de l'organisme, une note de service ou encore le contrat de travail et contient entre autres, les informations suivantes : l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant ; la ou les finalités déterminées du traitement auquel les données sont destinées ; les catégories de données concernées ; le ou les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être

---

<sup>26</sup> Wite web de l'APDP : [www.apdp.ml](http://www.apdp.ml)

<sup>27</sup> Soc. 20 nov. 1991, préc., note 20, n° 88-43.120, *Bull. civ.*V, n° 519.

communiquées ; le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse ; le fait de pouvoir demander à ne plus figurer sur le fichier ; l'existence d'un droit d'accès aux données le concernant et de rectification de ces données ; la durée de conservation des données ; le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination de l'étranger.

### 3. *Le respect du principe de proportionnalité*

Pour être conforme aux exigences d'un traitement licite, la surveillance doit, outre les exigences ci-dessus évoquées, être conforme au principe de proportionnalité. Comme on le dit très souvent, la protection des données personnelles tourne, *quasiment*, autour de la « proportionnalité ». Dans le droit français notamment, le Code de travail en son L.1121-1, le principe de proportionnalité a été institué comme suit : « nul ne peut apporter aux droits des personnes et libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas *justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». <sup>28</sup>

Cette position du législateur français fut défendue par les juges du tribunal de grande instance de Paris, dans une décision rendue le 19 avril 2005, à propos d'un dispositif biométrique, dont la mise en œuvre était contestée par le comité d'entreprise et le syndicat du Sud Rail. Ces derniers considéraient que « le système de lecture d'empreintes digitales pour gérer et contrôler le temps de présence des employés portait atteinte aux droits et libertés individuelles des employés ». <sup>29</sup> A la suite de cette plainte, le tribunal a fait interdiction à la société *Effia Services* de mettre en place le système de « badgeage » par empreintes digitales. <sup>30</sup> Le respect de la proportionnalité exige que

---

<sup>28</sup> Les cahiers de droit : Preuve et surveillance des salariés : regard français.

<sup>29</sup> Christiane FERAL-SCHUHL, *Cyber-droit : le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition.

<sup>30</sup> <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-1ere-chambre-section-sociale-jugement-du-19-avril-2005/>

toute surveillance soit justifiée par la finalité, l'objectif recherché.<sup>31</sup> A ce titre, elle doit être respectée dans la collecte des données, dans la conservation et dans la communication des données traitées.

-La proportionnalité dans la collecte de données

Le principe de l'inviolabilité de la vie privée prôné par le droit international et consacré par la constitution du 25 février 1992 s'applique également en matière de surveillance des employés sur les lieux de travail. Ainsi, les données personnelles collectées doivent être strictement nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis. En effet, la délibération n° 2017-020/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions nécessaires à l'utilisation des dispositifs biométriques pour le contrôle d'accès aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail, *exclut de la gestion du temps de présence des salariés, le pointage par dispositif biométrique*.<sup>32</sup> C'est ainsi qu'a été déclaré, en 2018, par l'Autorité de protection des données à caractère personnel, non conforme au principe de proportionnalité, le traitement des données biométriques envisagé par Orabank Mali pour des fins de « contrôle des horaires de travail, le pointage ». L'Autorité a estimé que le contrôle des horaires de travail ne saurait être retenue comme finalité à un traitement de données biométrique conformément à la norme qui l'encadre.<sup>33</sup>

De même, la délibération n° 2021-150/APDP du 11 août 2021 modifiant la délibération n° 2017-024/APDP portant sur les conditions

---

<sup>31</sup> Bernard Bossu dit à ce propos : « On doit notamment s'assurer que le même objectif ne peut être atteint avec un autre moyen moins attentatoire aux droits ou aux libertés du salarié ». B. BOSSU « Droits de l'Homme et pouvoirs du chef d'entreprise : vers un nouvel équilibre ».

<sup>32</sup> La biométrie désigne l'ensemble des technologies de reconnaissance physique ou biologique des individus. Elle est un moyen d'identification d'une personne permettant de mesurer et de vérifier une ou plusieurs de ses caractéristiques physiques (morphologie du visage, empreintes digitales ou palmaires, forme de la main, reconnaissance de l'iris, empreintes génétiques, etc). Christiane *Féral-Schuhl*, *Cyber-droit : le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition.

<sup>33</sup> Délibération n° 2018-018/APDP DU 09 avril 2018 portant sur la demande de « Orabank Mali ».

de mise en place de système de vidéosurveillance sur les lieux privés et les lieux de travail *proscrit l'installation des caméras dans les lieux mis à la disposition des salariés tels que les bureaux, les chambres ainsi que dans tous lieux privés mis à leur disposition à des fins de détente*. Ainsi, suite à sa saisine par la direction de l'Agence pour la promotion des investissements (API) pour la mise en conformité de son système de vidéosurveillance, l'Autorité a, après instruction de ladite demande, rappelé que à l'API qu'en application des dispositions de la délibération susmentionnée, il est formellement interdit de soumettre un employé déterminé ou un groupe d'employés au champ d'action des caméras de surveillance. Aussi, ajoute-t-elle qu'« en raison du constat fait par l'équipe de contrôle de l'APDP, les caméras dirigées sur les postes de travail des salariés, se trouvant dans la salle du guichet unique rénové, doivent être désinstallées, sans délai, par le responsable de traitement. Seules les caméras se trouvant à l'intérieur des deux peuvent être maintenues».<sup>34</sup>

Aussi, la délibération n° 2021-066/APDP du 07 mai 2021 relative aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés relatifs à la géolocalisation des véhicules mis à la disposition des employés *interdit l'utilisation du dispositif de géolocalisation pour le suivi du temps de travail, lorsque ce suivi peut être réalisé par d'autres moyens*.<sup>35</sup>

*Illustration jurisprudentielles* : l'installation de lecteur d'empreinte digitale pour calculer le temps de travail des employés porte atteinte aux droits et libertés individuelles des employés (TGI Paris 1<sup>ère</sup> chambre 19 avr. 2005) ; en revanche, la biométrie peut être utilisée pour contrôler l'accès à des locaux de travail ou à des applications. L'usage de téléphone professionnel pour des fins privées est permis mais peut donner lieu au remboursement par l'employé. L'employeur a le droit d'enregistrer les appels sur le poste de travail en cas de nécessité et de façon proportionnée (ex : évaluation des employés afin d'améliorer la qualité du service). Le patron peut accéder au contenu

---

<sup>34</sup> Délibération n° 2021-216/APDP du 15 octobre 2021.

<sup>35</sup> Tiré du recueil des normes édictées par l'APDP dont la version physique est disponible à son siège.



des ordinateurs d'un employé et aux mails reçus mais n'a pas le droit de lire les messages et mails étiquetés comme « personnel » (CEDH, grde ch., 5 sept. 2017). L'employeur a le droit de consulter une clef USB connectée à un ordinateur professionnel mis à la disposition d'un employé (soc. 12 fév.2013, n° 11-28 649). L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu du salarié, est déloyale, donc irrecevable en justice ; mais l'utilisation par le destinataire des SMS injurieux ou de harcèlement sexuel est licite (soc. 23 mai 2017, n° 05-17 818, *Bull. civ.*). Le contrôle de temps de travail par un système de géolocalisation n'est justifié que lorsque ce contrôle ne peut être effectué par un autre moyen (CE 10<sup>ème</sup> 9<sup>ème</sup> SSR, 15 décembre 2017, n° 403776).

-La proportionnalité dans la conservation

Les données collectées ne doivent pas être conservées au-delà du temps nécessaire à l'atteinte de la finalité (durée fixée par une disposition légale ou réglementaire ou par une norme de l'APDP, ou encore par une décision à l'interne). C'est pourquoi, dans la délibération n° 2021-176/APDP du 11 août 2021 portant sur les conditions de mise en place de système de vidéosurveillance sur les lieux privés et les lieux de travail, l'Autorité a précisé qu'une « durée de conservation d'un (1) mois paraît proportionnée ».<sup>36</sup>

-La proportionnalité dans la communication des données à caractère personnel

Dans le cadre de la surveillance de l'organisme, les données personnelles collectées sur un employé ne doivent être communiquées aux autres employés en dehors de ceux dont les attributions les y autorisent. Il en va de même de la communication des données aux personnes extérieures à l'entreprise. L'objectif de cette minimisation est *d'empêcher le vol des données ou le détournement de finalités*.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Voir site web de l'APDP rubrique normes.

<sup>37</sup> Quant à la minimisation des destinataires, elle s'explique par la limitation des personnes ayant accès aux données traitées d'une part, et la minimisation des services habilités à recevoir communication des données, d'autre part.

Toutefois, la loi admet la communication de certaines catégories de données à l'Inspection du travail, à l'Institut national de prévoyance sociale (INPS), à la Caisse malienne d'assurance maladie (CANAM), aux banques et aux impôts, pour les allocations sociales, la souscription à l'assurance, le paiement des salaires, le paiement des impôts, notamment. Ainsi, dans le cadre de certaines déclarations de mise en conformité des systèmes de vidéo-surveillance, l'Autorité a relevé que les autorités judiciaires et auxiliaires de justice peuvent dans le cadre de l'exercice de leurs habilitations légales, avoir communication des images enregistrées.<sup>38</sup>

## **II. Les conséquences du non-respect de la loi portant protection des données à caractère personnel**

Le contrôle par l'employeur de l'activité de ses salariés ne doit *aucunement* se traduire par une remise en cause de leur vie privée ou de leurs libertés individuelles. Or, avec la prolifération des techniques de surveillance, les risques d'atteinte à ces droits fondamentaux se sont beaucoup multipliés. Ces atteintes ne sont pas sans conséquence à l'égard du traitement (A) ainsi qu'au responsable du traitement (B).

### **A. Les effets à l'égard du traitement mis en œuvre**

Le traitement des données à caractère personnel opéré dans la méconnaissance des règles susmentionnées peut engager la responsabilité de l'organisme pour manquement à ses obligations.

#### *1. La nullité des opérations effectuées (art.68 n° 2013-015)*

Conformément aux dispositions de l'article 68 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, les traitements non déclarés à l'APDP, dans les six mois de la promulgation de la loi, sont réputés illicites et ils devront être arrêtés sous peine de poursuites par la loi. Dans une

---

<sup>38</sup> Délibération n° 2018-019/APDP DE 8 juin 2018 ; Délibération n° 2018-020/APDP DE 8 juin 2018 ; Délibération n° 2018-021/APDP DE 8 juin 2018 ; etc voir le répertoire des déclarations disponible sur le site web de l'APDP accessible à l'adresse suivante : [www.apdp.ml](http://www.apdp.ml).

délibération datant de 2018, la Commission nationale pour la protection des données à caractère personnel CNPDCP du Gabon, a infligé une amende de *cinq millions* à l'encontre de la Société « Axiome Gabon SA », pour « utilisation illicite du dispositif de géolocalisation ».

En effet, la CNPDCP, saisie par Monsieur M.J.A., d'une plainte contre son employeur, la société Axiome Gabon SA, au motif d'avoir été licencié suite à l'utilisation frauduleuse d'un GPS, sans *notification aux employés, en violation flagrante de leurs droits fondamentaux et intérêts légitimes*, a, après examen de ladite plainte, considéré qu'en application des dispositions de la loi n° 001/2011 du 25 septembre 2011 relative à la protection des données à caractère personnel qui dispose : « les technologies de l'information et de la communication doivent être au service de chaque citoyen et qu'elles ne doivent pas porter atteinte, ni à la liberté, ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».

Ainsi, pour justifier la sanction infligée, la CNPDCP a affirmé que la géolocalisation constituant un traitement de données personnelles ne doit, aucunement pas être mis en œuvre sans son autorisation préalable.<sup>39</sup> Un point très sensible en matière du droit des données, le non accomplissement des formalités déclaratives auprès de l'Autorité en charge de la protection des données peut amener les juges à écarter les éléments issus des dispositifs non déclarés et produits à titre de preuve. De même, dans un arrêt du 6 avril 2004, la chambre sociale de la Cour de cassation de France avait jugé qu'« à défaut de déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant un salarié, son refus de déférer à une exigence de son employeur impliquant la mise en œuvre d'un tel traitement ne peut lui être reproché ».<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Voir la délibération n° 006/2018 du 20 décembre 2018 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Axiome Gabon SA, disponible sur le site web de la CNPDCP.

<sup>40</sup> Cass. soc., 6 avr. 2004, n° de pourvoi : 01-45227.

En l'espèce, un salarié refusait d'utiliser une badgeuse pour le calcul de son temps de travail. Suite à ce refus, il fut licencié par son employeur. Saisi de l'affaire, les juges de la Cour de cassation ont précisé qu'à défaut d'accomplir à la CNIL des formalités déclaratives d'un traitement automatisé d'informations nominatives concernant un salarié, son refus de déférer à une exigence de son employeur impliquant la mise en œuvre d'un tel traitement ne peut lui être reproché. Ainsi, par cet arrêt, la Cour de cassation venait de préciser, ou du moins, renforcer la portée de l'accomplissement des formalités préalables auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et les conséquences du défaut d'accomplissement de ces formalités notamment au regard de la licéité des preuves invoquées à l'appui d'un licenciement.

## 2. La récusation des moyens de preuve devant le juge du travail

Certes, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits au succès de sa prétention,<sup>41</sup> cependant, l'administration de la preuve doit s'effectuer conformément au principe de loyauté, ce qui exclut le fait de, « sous couvert de rassembler des éléments de preuve, les ruses, les machinations ou les stratagèmes de nature à tromper une personne ».<sup>42</sup> De telles preuves seraient rejetées des débats judiciaires et les sanctions éventuelles prises à l'encontre des employés, sur la base de ces preuves, pourraient être annulées.<sup>43</sup> En France, un jugement du 6 septembre 2007 du tribunal correctionnel de Saint-Brieuc a prononcé la nullité du procès dans lequel avait été consignée « l'adresse IP » d'un internaute poursuivi par la SACEM<sup>44</sup> pour avoir

---

<sup>41</sup> Article 9 du Code de procédure civile, commerciale et sociale.

<sup>42</sup> Frédéric DEBOVE, François FALLETTI et Thomas JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 650 (tiré de l'article intitulé : « Preuve et surveillance des salariés : regard français », Bernard BOSSU et Alexandre BAREGE).

<sup>43</sup> Cyber droit : Le droit à l'épreuve de l'internet 6<sup>ème</sup> édition de Christiane FERAL-SCHUHL.

<sup>44</sup> La Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique est une société de gestion des droits d'auteur française fondée en 1851. Elle est membre de la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs

téléchargé et mis à disposition cent cinquante mille fichiers musicaux et vidéo sur les réseaux P2P. L'internaute avait été « flashé » sur internet au moyen d'un dispositif (radar) dont la demande d'autorisation avait été rejetée par la Commission nationale de l'informatique de la France, en octobre 2005 qui avait estimé que ce dispositif ne remplissait pas la condition de « proportionnalité » dans la mesure où il n'avait pas pour objet « la réalisation d'actions ponctuelles strictement limitées au besoin de la lutte contre la contrefaçon » et pouvait conduire à une collecte massive de données à caractère personnel.<sup>45</sup>

Pour la chambre sociale de la Cour de cassation française, constituent un moyen de preuve illicite, les informations collectées par un système de traitement de données personnelles non déclaré à l'Autorité de protection et n'ayant pas fait l'objet de consultation ou d'information des représentants des travailleurs. De même, n'est pas utilisable contre un salarié, une preuve issue d'un traitement de données personnelles dont l'existence ne lui a pas été notifiée (Cass. soc., 8 octobre 2014, n° 13-14991). Il s'en infère donc, que la régulation à *posteriori* d'un système de surveillance des salariés n'est pas opposable à un employé dès lors qu'il est constaté qu'elle est intervenue au cours d'une procédure contentieuse l'opposant à son employeur.<sup>46</sup>

### ***B. Les conséquences sur le responsable du traitement***

Par responsable de traitement, il faut entendre toute personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, prend la décision de collecter et

---

<sup>45</sup> Christiane FERAL-SCHUHL, *Le Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>e</sup> édition, p. 47.

<sup>46</sup> En revanche, la Cour de cassation a, dans une affaire jugée le 06 avril 1994, sous le numéro 93-82.717, Bull. crim, n° 136, que « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale [...] il leur appartient seulement [...] d'en apprécier la valeur probante ». *Cyber droit : Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition de Christiane FERAL-SCHUHL.

de traiter des données à caractère personnel et en détermine les finalités.<sup>47</sup>

*1. Les sanctions prononcées par l'APDP à l'encontre du responsable du traitement*

Lorsque des manquements sont avérés suite à des missions de contrôle, d'investigations numérique, ou de dénonciations, l'Autorité de protection des données à caractère personnel peut infliger des sanctions. Toutefois, il faut rappeler que l'APDP en tant qu'Autorité administrative indépendante (AAI) ne peut infliger que des sanctions administratives qui varient selon la gravité des atteintes. Il s'agit des sanctions dites de premier degré et celles dites de second degré.

a. Les sanctions administratives dites de premier degré

En application des dispositions de l'article 61 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, les sanctions de premier degré sont : l'avertissement, la mise en demeure, l'injonction et le retrait d'agrément.

-L'avertissement

L'Autorité peut infliger un avertissement à l'encontre de tout responsable de traitement de données de bonne foi qui n'a pas observé les formalités administratives de collecte, de traitement et de gestion des données prévues par la présente loi ou par les actes réglementaires de l'Autorité de protection des données à caractère personnel.<sup>48</sup>

-La mise en demeure : la mise en demeure du responsable de traitement de donnée fautif, à l'effet de l'amener à se conformer aux textes.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Article 3 alinéa 18 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, portant protection des données à caractère personnel.

<sup>48</sup> Article 61 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée,

<sup>49</sup> Contrairement à législation malienne qui a fait de la mise en demeure une sanction, en droit français, la mise en œuvre n'étant pas une sanction peut être adressée au responsable de traitement fautif par l'intermédiaire du président de la CNIL en vue de « faire cesser le manquement constaté » dans

-L'injonction : l'injonction de cesser les activités de traitement des données à caractère personnel à l'encontre de tout responsable de traitement de donnée, en cas de faute.

-Le retrait d'agrément : le retrait d'agrément à tout responsable de traitement de données en cas de nécessité constatée par l'Autorité de protection.

b. Les sanctions pécuniaires

Sont sanctionnées de 5 000 000 à 20 000 000 FCFA d'amende les infractions suivantes : la communication illicite de données à des tiers non autorisés ; le détournement de finalité ; la collecte frauduleuse, déloyale ou illicite ; le traitement en dépit de l'opposition de la personne concernée ; l'entrave à l'action de l'Autorité, etc.<sup>50</sup> L'amende de 2 500 000 à 10 000 000 FCFA est infligée au responsable de traitement n'ayant pas mis en œuvre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la confidentialité des données ainsi que pour le traitement de données sensibles sans l'accord de l'intéressé.<sup>51</sup>

c. Les sanctions complémentaires (art. 35 de la loi n° 2013-015)

Les sanctions complémentaires consistent pour l'APDP à procéder à la publication dans des journaux d'annonces légales, sur le site web de l'APDP ou par tous autres moyens jugés appropriés les sanctions infligées aux organismes fautifs.

---

un délai qu'il fixe et qui peut être ramené à vingt-quatre heures en cas d'urgence.

<sup>50</sup> Articles 65 et 66 de la loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 modifiée,

<sup>51</sup> Article 66 : « Sont punis d'une amende de deux millions cinq cent mille (2 500 000) à dix millions (10 000 000) de francs : 1) le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives sans prendre toutes les précautions pour préserver la sécurité desdites informations, notamment en évitant qu'elles ne soient déformées ou endommagées ; // 2) le fait de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans l'accord préalable de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales, ethniques, les opinions politique, philosophique, religieuse ou l'appartenance syndicale ».

2. Les sanctions prononcées par l'inspecteur du travail et les juges

a. L'intervention de l'inspecteur de travail

En application des dispositions des articles L295 et L296, l'inspecteur du travail dispose des pouvoirs étendus en matière de contrôle et d'investigation sur les entreprises. A ce titre, il peut constater sur procès-verbal les violations de la loi. Il a également le droit de saisir directement les autorités judiciaires de tout manquement à la législation du travail. Ainsi, depuis la formation organisée au bénéfice des administrateurs sociaux du travail notamment les inspecteurs et contrôleurs, des gestionnaires des ressources humaines des secteurs public et privé, des représentants des bureaux de placement, des correspondants à la protection des données (CPD), l'APDP est très souvent saisie par l'Inspection du travail sur des questions en rapport avec les licenciements effectués sur la base des dispositifs de surveillance sur les lieux de travail.<sup>52</sup>

b. Les sanctions prononcées par les juges

-L'intervention des tribunaux judiciaires

Les personnes concernées victimes d'un traitement illicite peuvent obtenir réparation, auprès des tribunaux, conformément aux dispositions du droit commun des obligations.<sup>53</sup> Ainsi, il a été jugé que le non-respect de l'obligation de déclaration préalable constitue une faute obligeant son auteur à réparer le préjudice subi par les personnes concernées.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Tiré du compte rendu de la célébration de la journée mondiale de la protection des données à caractère personnel, le 28 janvier 2021 ; site web de l'APDP : [www.apdp.ml](http://www.apdp.ml)

<sup>53</sup> Article 60 de la loi n2013-015 du 21 mai 2013 modifiée, « l'action civile est soumise aux conditions fixées par le Code de procédure civile, commerciale et sociale et le Régime général des obligations en République du Mali ».

<sup>54</sup> Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44.919 et 91-44.921 : en mettant en place un traitement automatique d'informations nominatives avant d'en avoir fait la déclaration à la CNIL, l'employeur avait commis une faute dont il lui appartenait de déterminer si elle avait causé aux salariés le préjudice dont ils



-Le procureur de la République

Pour l'application des articles 125 et suivants, le Code pénal réprime les écoutes illicites, l'enregistrement, ou la transmission au moyen d'un appareil quelconque des paroles ou l'image, leur conservation ainsi que leur publication. Il est également compétent pour réprimer les autres atteintes aux données personnelles contenues dans la loi portant répression de la cybercriminalité.

-Le juge des référés

En cas de trouble illicite, ce juge peut ordonner des mesures conservatoires ou de remise en état pour y mettre fin.<sup>55</sup> Contrairement à la législation malienne sur les données personnelles, la loi informatique et liberté de la France a conféré au président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), les pouvoirs d'exception lui permettent de « demander, par voie du référé, à la juridiction compétente, d'ordonner le cas échéant sous astreinte, toute mesure nécessaire à la sauvegarde de ces droits et libertés ».<sup>56</sup> Ce pouvoir s'exerce sans préjudice du droit des personnes concernées de saisir le même juge des référés pour la même cause.<sup>57</sup>

-L'intervention du juge administratif

Le juge administratif intervient dans le contrôle du respect du droit à la vie privée et des données à caractère personnel à travers l'appréciation des actes réglementaires instituant des traitements de données à caractère personnel, le contrôle sur les caractéristiques des traitements notamment sur la finalité des traitements, sur les données traitées, sur la conservation des données. Outre ceci, il peut aussi

---

demandaient réparation » ; Droit de la donnée : Principes théoriques et approche pratique de Mathieu Bourgeois

<sup>55</sup> Art. 491 du Code de procédure civile, commerciale et sociale.

<sup>56</sup> *Droit de la donnée : Principes théoriques et approche pratique* de Mathieu BOURGEOIS.

<sup>57</sup> Article 497 du Code de procédure civile malien dispose : « Le président peut toujours même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ».

apprécier le respect des droits des personnes à savoir, le droit à l'information préalable, les droits d'opposition, de communication ou de consultation ainsi que la destruction des données illégalement collectées par les organismes.

\*

\*\*

Sujet d'actualité depuis un certain temps, la surveillance des employés sur les lieux de travail et la protection des données à caractère personnel soulève toujours des problématiques aussi complexes que difficiles à cerner surtout, en ce qui concerne la mise en balance de l'intérêt légitime de l'organisme pour surveiller son lieu de travail et le droit fondamental de l'employé à la protection de sa vie privée et de ses libertés publiques.

En effet, une fois acquis le statut de salarié, l'individu s'engage à réduire une partie importante de ses libertés afin de mener à bien ses engagements professionnels. Toutefois, faut-il le rappeler, le salarié doit, en principe pouvoir jouir des mêmes droits et libertés dont il jouit dans la société comme citoyen. Ce qui exclut de l'aliénation, certains droits fondamentaux et de certaines prérogatives qui sont attachées à sa personne tels que, le droit à la vie privée, la liberté d'opinion, la liberté d'expression ou même sa liberté de religion. Ainsi, comme le rappelle Panagiota Perraki « la qualité du citoyen doit préexister et prévaloir avant tout, car le salarié met à la disposition de son patron, dans le cadre du contrat de travail, sa force de travail et non sa personne intégrale ».<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen : étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen Université de Strasbourg, 2013. Français. ffNNT : 2013STRAA013ff. fftel-00997155

## BIBLIOGRAPHIE

### A. Les textes juridiques

- Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1948 (source).
- Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966.
- Résolution n° 45/95 du 14 décembre 1990 de l'ONU.
- Règlement de l'Union européenne n° 2016/676 du Parlement et du Conseil RGPD.
- Convention de l'Union africaine sur la cyber sécurité et la protection des données personnelles (2014). Statut : non signé, non ratifié.
- Acte additionnel de la CEDEAO A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel (2010).
- Acte additionnel de la CEDEAO portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO.

### 1. Sur le plan national

- Constitution de 1992 ;
- Loi n° 2013-015 du 21 mai 2013 portant protection des données à caractère personnel en République du Mali modifiée par la loi n° 2017-070 du 18 décembre 2017 ;
- Loi n° 2016-012/ du 6 mai 2016 relative aux transactions, échanges et services électroniques en République du Mali ;
- Code de procédure civile, commerciale et sociale en République du Mali ;
- Loi n° 01-078 du 20 août 2001 portant Code pénal en République du Mali ;
- Loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant code de procédure pénale en République du Mali ;

## B. Ouvrages

### 1. Ouvrages spécialisés

- TURK Alex, *La vie privée en péril : des citoyens sous contrôle*, édition Odile Jacob ;
- RAIMOND Laurant, *La Protection des Données Personnelles : 100 Questions réponses pour comprendre et mieux se protéger* ;
- Editions législatives, *Protection des Données Personnelles : Réussir sa mise en conformité* 2<sup>ème</sup> édition : éditions législatives ;
- Code de la protection des données personnelles : annoté et commenté ; édition Dalloz 2018-2019 ;
- MATHIAS Garance, Amandine KASHANI-POOR, Aline ALFER, « Le Délégué à la Protection des Données (DPO) », *Revue Banque*, 7 janvier 2021;
- FERARL Christiane, *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz ;
- LARRIEU Jacque, *Droit de l'internet* Ellipses 2<sup>ème</sup> édition Ellipses ;
- Droit du Numérique* Edition 2015, Lamy ;
- LAMY, *Droit du numérique*, Guide pratique édition 2015 ;
- Manuel de Droit Européen en matière de protection des données personnelles*, Édition 2018 ;
- MATTATIA Fabrice, CNIL, *Le droit des données personnelles* 2<sup>ème</sup> édition Eyrolles ;
- BOURGEOIS Mattieu, *Droit de la Donnée : Principes théoriques et approche pratique*, édition LexisNexis ;
- LO Mamadou, *Protection des données à caractère personnel en Afrique : Réglementation et Régulation*, Baol Editions ;
- BENSOUSSAN Alain, *La protection des Données Personnelles de « A à Z »*, édition Lexing ;
- BUCHER Andreas, « Personnes physiques et protection de la personnalité », in *Théorie et pratique du droit*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1985, revue internationale du droit comparé ;
- DESCHENAUX Henri et Paul-Henri STEIN AUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1986 ;

- ENGEL Pierre, « La protection de la personnalité », in *Formation continue des Journalistes*, Lausanne, 1985 ;
- GROSSEN Jacques-Michel, « La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels) », in *Revue de droit suisse*, 1960, II, p. 1 a- 131 a.
- GROSSEN Jacques-Michel, « Les personnes physiques », in *Traité de droit privé suisse*, t. II/2, Fribourg, 1974, p. 1-99 ; (version allemande in : *Schweizerisches Privatrecht*, t. II, Bâle 1967, p. 285-377) ;
- BOIS Philippe, « La surveillance des banques de données par les autorités », in *Informatique et protection de la personnalité*, Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, enseignement de 3<sup>e</sup> cycle de droit, Fribourg, 1980, p. 169-177 (cité *infra* : « Informatique et protection... ») ;
- EGLOFF Willi, « Future législation sur la protection des données, huit postulats syndicaux, analyse d'un article important », *Revue syndicale suisse* 76, 1984, p. 105-112 ;
- LARRIEU Jacques, *Droit de l'Internet ?* 2<sup>ème</sup> édition ;
- BENSOUSSAN Alain, *Informatique et libertés*, Editions Francis Lefebvre, 2008 ;
- BERTRAND Berger (dir.), *Repères pour une restitution des résultats de la recherche en sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, « Logiques sociales », 2000 ;
- BERGER Vincent , *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Editions Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2009 ;
- CHABERT-PELTAT Catherine, Alain BENSOUSSAN, « Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit », *Memento-guide Alain Bensoussan*, Hermès, 1995 ;
- CNIL, *Dix ans d'Informatique et Libertés*, Economica, 1989 CNIL, Voix, image et protection des données personnelles ;

### **C. Rapports**

- Autorité de protection des données à caractère personnel du Mali, *Rapports annuels d'activités de 2015-2016 ; 2017 ; 2018 ; 2019 ; 2020* ;
- Commission de l'informatique des libertés du Burkina Faso, *Rapports annuels d'activités de la 2010, 2011, 2012, 2013, 2015* ;

- Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Rapports annuels d'activités de 2005, 2016, 2019* ;
- Commission de contrôle des informations nominatives (CCIN), *Rapport annuel d'activités de la 2016* ;
- Association francophone des autorités de protection des données personnelles AFAPDP, *Rapport annuel d'activités de 2017* ;

#### **D. Thèses-Articles-guides**

##### **1. Thèses de doctorat**

- OCHOA Nicolas, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale* : présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2014 à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
- COULIBALY Ibrahim, *La protection des données à caractère personnel dans le domaine de la recherche scientifique*, dirigée par Etienne VERGES et codirigée par Isabelle de LAMBERTERIE préparée au sein du laboratoire Centre de recherches juridiques (CRJ) dans l'école doctorale : sciences juridiques (460) ;
- TANO-BIAN Anmonka Jeanine-Armelle, *La répression de la cybercriminalité dans les Etats de l'Union européenne et de l'Afrique de l'Ouest*, soutenue à l'Université Paris Descartes Faculté de droit école doctorale sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion - Ed 262 centre Maurice Hauriou (CMH) ;
- CAZE DE MONTGOLFIER Sandrine, *La collecte, le stockage et l'utilisation des produits du corps humain dans le cadre des recherches en génétique : état des lieux historique, éthique et juridique ; analyse des pratiques au sein des bibliothèques*, sous la direction de Christian HERVE, Université de Paris V, 5 décembre 2002 ;
- CIMAR Laurence, *Les aspects juridiques de la recherche biomédicale*, sous la direction de Patrick MAISTRE DU CHAMBON, Université Grenoble II, 1998 ;
- Frédérique DELOFFRE-VYE, *La responsabilité pénale du chercheur scientifique*, sous la direction de Michael Massé, Université de Poitiers, 2000 ;

- EL ATMANI Fatima, *La protection des informations à caractère personnel dans l'Union européenne*, sous la direction de Jean FRAYSSINET, Montpellier I, septembre 1996 ;
- FORTIER Charles, *L'organisation de la liberté de la recherche en France, Etude de droit public*, Université de Bourgogne, sous la direction de Bertrand MATHIEU, 13 décembre 2004 ;
- LABOILE Xavier, *Les aspects juridiques et éthiques du recueil des données médicales aux fins d'analyses épidémiologiques*, sous la direction de Jean-Marie AUBY, Université de Bordeaux IV, 4 janvier 2000 ;
- LESAULNIER Frédérique, *L'information nominative*, sous la direction de Pierre CATALA, Paris II, 4 juillet 2005 ;
- MAROT Pierre-Yves, *Les données et informations à caractère personnel. Essai sur la notion et ses fonctions*, sous la direction de Muriel FABRE-MAGNAN, Jean DANET, Université de Nantes, 14 décembre 2007 ;
- MARTEU Thierry, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, sous la direction de Laurence BOY, Université de Nice Sophia-Antipolis, 24 janvier 2009 ;
- OUOBA Clarisse, *Le droit à la vie privée au Burkina Faso : Conception, réalité juridique et socioculturelle*, sous la direction de Bernard BOULOC, Université de Grenoble 2, 11 décembre 2002 ;
- REA Vanessa, *La liberté de la recherche en matière bioéthique*, sous la direction de Thierry DEBARD, Université Jean Moulin (Lyon), 2009 ;
- VIVANT Carole, *L'historien saisi par le droit : Contribution à l'étude des droits de l'Histoire*, sous la direction de Philippe PETEL, Université de Montpellier I, 6 décembre 2005 ;
- TONTASSE Marius Essohana, *L'unilatéralisme américain : Contribution à une conception réaliste du Droit International Public*, le 29 juin 2011 ;
- MANGIN Céline, *L'expression numérique du consentement contractuel* dirigée par Jacques LARRIEU, professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole, le 11 mars 2020 ;
- LÖHRER Dimitri, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel compare : l'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français* sous la direction du Professeur Olivier LECUCQ ;

- VERGNOLLE Suzanne, *L'effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, thèse de doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 7 décembre 2020 à l'Université Paris II Panthéon-ASSAS ;
- CHAMBARDON Nicolas, *L'identité numérique de la personne humaine contribution à l'étude du droit fondamental à la protection des données à caractère personnel*, présentée et soutenue en audience publique le 27 septembre 2018 à l'Université de Lyon 2 ;
- N'DIAYE El Hadji Oumar, *La protection des bases de données par le droit d'auteur : approche comparative entre le droit français et le droit sénégalais* le 20 décembre 2017 à l'Université de Montpellier ;
- PERRAKI Panagiota, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé et européen : étude comparative des droits français, hellénique, britannique et européen* soutenue le 20 Septembre 2013, Université de Strasbourg ;
- MAHY Kerzen, *La protection juridique des photographies*, le 9 décembre 2016 à l'Université Toulouse 1 Capitole.

## **2. Mémoires de master**

- BOUETZ Martine, *La protection et la commercialisation des biobanques*, Master 2 droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies, Université Pierre Mendès-France, Grenoble 2, sous la direction de M. J.-M. BRUGUIERE et de Mme A. FAVREAU, 2009-2010 ;
- DÉTRAIGNE Yves et Mme Anne-Marie ESCOFFIER, *La vie privée à l'ère des mémoires numériques : pour une confiance renforcée entre citoyens et société de l'information* ;
- WOZNY Mallorie, *Exploitation des données personnelles : raison commerciale, raison d'état et opportunités*, soutenue en 2017 à l'Université de Lyon ;
- KANE Mamadou Alpha, *Données à caractère personnel et communications électroniques en Mauritanie : une régulation par l'autorité de régulation multisectorielle (are) ou par une autorité administrative indépendante (AAI) à créer ?*



### 3. Articles

- TRUDEL Pierre, *État de droit et effectivité de la protection de la vie privée dans les réseaux du e-gouvernement du Centre de recherche en droit public*, Faculté de droit, Université de Montréal ;
- CYNTHIA Chassigneux, « L'informatisation des dossiers médicaux et la protection des données de santé ou les enjeux du transfert des données médicales dans une perspective internationale », in *Dossier médical et données de santé* ;
- LAFFAIRE Marie-Laure, *Protection des données à caractère personnel*, édition d'organisation, 2005 ;
- Bureau international du travail Genève, *Protection des données personnelles des travailleurs* ;
- CNIL, *Communication politique : obligations légales et bonnes pratiques*, 2012 ;
- GUILLOT Philippe Ch-A., *Ombres et lumières sur le droit fondamental à la protection des données personnelles confronté aux services de renseignement en matière de prévention* ;
- MATHIAS, *Patriot Act : Enjeux, cloud computing et accès aux données* ;
- OPEN MINDED, *Tout savoir sur le Règlement Général sur la Protection des Données* ;
- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « La protection des libertés, Fondement de la compétence du juge administratif », *Revue générale du droit*, chronique de droit des libertés, 2019 ;
- La vie privée sur le lieu de travail : mythe ou réalité de la Commission de la Vie Privée CPVP : avis et recommandations*, janvier 2015 ;
- Protection de la vie privée et des données à caractère personnel* de Madame Nathalie MALLET, chargée de recherche au CNRS ;
- Les data : nouveau trésor des partis politiques ? Croyances, constitutions et usages comparés des données numériques au Parti Socialiste et à l'Union pour un Mouvement Populaire* de Anaïs THEVIOT Sciences-po Bordeaux, centre Émile Durkheim ;
- LAVERGNE Benjamin, Mehdi MEZAGUER, *Regards sur le droit au procès équitable*.

#### **4. Guides**

- CNIL, *Guide sur la Sécurité des données personnelles* ;
- CNIL, *Guide pour les employeurs et les salariés* édition 2010 ;
- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail*, octobre 2014 ;
- Manuel de droit européen en matière de protection des données*, édition 2018 ;
- Fédération des industries électroniques et de communication, *Guide pratique sur la gestion des données personnelles dans l'entreprise en France* ;
- Commission nationale pour la protection des données (CNPDP), *Règlement Général sur la protection des Données, guide pratique pour le monde associatif* ;
- Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne, *Guide de la jurisprudence européenne en matière de protection des données à caractère personnel* ;
- Forum Genevois de la Sécurité, *Recommandations sur la vidéosurveillance* juin 2015 ;

#### **F. Jurisprudence**

#### **5. Jurisprudence des Autorités Administratives Indépendantes**

##### **1.1. Autorité de protection des données à caractère personnel (« APDP »)**

##### **a. Normes**

- Délibération n° 2017-045/APDP du 16 octobre 2017 portant sur la mise en place de dispositifs de contrôle d'accès sur les lieux de travail
- Délibération n° 2017-027/APDP du 16 août 2017 portant modification de la délibération n° 2016-003 du 10 août 2016 relative aux formalités nécessaires au traitement des données à caractère personnel
- Délibération n° 2017-017/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions nécessaires à l'utilisation des dispositifs biométriques pour

le contrôle d'accès aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail

-Délibération n° 2017-024/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions de mise en place de système de vidéosurveillance sur les lieux privés et les lieux de travail

-Délibération n° 2017-023/APDP du 10 avril 2017 portant sur les conditions de mise en place de système de vidéosurveillance sur la voie publique et dans les espaces publics.

#### **b. Autres délibérations**

-Délibération n° 2020-0156 du 04 décembre 2020 portant sanction la Société Baobab Mali ;

#### **1.2. Commission nationale de l'informatique et des libertés**

-Délibération n° 2014-298 du 7 août 2014 de la formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés portant avertissement public à l'encontre de la Société Orange-France ;

-Délibération de la formation restreinte n° 2015-379 du 5 novembre 2015 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X ;

-Délibération n° 2013-420 de la CNIL du 03 juillet 2014 prononçant des sanctions à l'encontre de Google.

#### **1.3. Commission nationale pour la protection des données à caractère personnel du Gabon**

-Délibération n° 006/2018 du 20 décembre 2018 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Axione Gabon SA, disponible sur le site web de la CNPDCP.

#### **1. Jurisprudence**

-Soc.14 mars 2000, n° 98-42.090, *Bull. civ. V.*

-CE, 30 déc.2009, n° 306173, *Rec. CE*, Comm. com. électr. 2010, comm 36, note déc. 2009, n° 312051, *Rec. CE* ;

-Soc. 20 nov. 1991, préc., note 20, n° 88-43.120, *Bull. civ.V*, n° 519 ;

-Cour d'appel de Aix-en-Provence, 1<sup>ère</sup> Ch. A ;

-Cour d'appel de Paris, 13<sup>ème</sup> Chambre A., 15 mai 2007, RG n° 01964, CCE, 2007, n° 144, note Caron—CA Paris, 13<sup>ème</sup> ch.B., 27 avril 2007, RG n° 06/02334 ; *Gaz. Pal.* 13-15 janvier 2008 n° 13 à 15, p9 ;

### **G. Webographie**

-[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr);  
-[www.wikipédia.com](http://www.wikipédia.com);  
-<https://www.haas-avocats.com>;  
-<https://www.dpms.eu/rgpd/droit-a-loubli-numerique-definition-fonctionnement>;  
-<https://www.partitio.com>;  
-<https://www.murielle-cahen.com/publications/donnees.asp>;  
-<https://www.conseil-etat.fr>;  
-<https://www.dalloz-actualite.fr>;  
-[leparticulier.lefigaro.fr](http://leparticulier.lefigaro.fr);  
-<https://www.partitio.com>;  
-<https://www.legifrance.gouv.fr>  
-<https://www.apdp.ml>  
-<https://www.revuegeneraledudroit.eu>;  
-[leparticulier.lefigaro.fr](http://leparticulier.lefigaro.fr) ;  
-[www.legalis.net](http://www.legalis.net).  
-<https://www.mirobolus.fr/la-notion-de-finalite-de-traitement> ;  
-<https://aurelienbamde.com/2018/12/14/rgpd-le-principe-de-finalite>  
-

**LA SITUATION DES DROITS DE L'ENFANT AU MALI : LE  
DROIT D'AUDITION EN PROCEDURE DE DIVORCE,  
UNE REALITE LEGALE MECONNUE DU JUGE MALIEN**

**Mohamed KEITA,  
docteur en droit privé**

**Résumé :** *La codification dans pas mal de matière (successions, divorce par consentement mutuel, mariage, adoption...) a été vivement controversée dans le cadre de l'histoire de la politique législative au Mali. Or, c'est l'une des législations qui a prôné de nombreuses innovations notamment en matière des droits de l'enfant. En tout état de cause, l'objection majeure à la codification était liée à la diversité culturelle : son plus grand défi. Cette législation intervenue tardivement n'a pas reçu d'écho favorable, même si elle a apaisé certaines tensions sociales, du moins momentanément. Au plan juridique, ce Code soulève une multitude d'interrogations sans réponse, bien qu'il comporte des avancées majeures en termes de protection des droits fondamentaux. Prendre au sérieux la parole des enfants est généralement perçu comme une des avancées caractéristiques de notre modernité. L'enfance émergerait d'un long passé de silence forcé, ou de babillages insignifiants. Mais à la vérité cela intervient dans une société où l'on admet à peine que l'enfant parle avec les adultes ou qu'il ne lève pas la tête lorsqu'il mange avec ceux-ci. C'est signaler à quel point le droit d'audition de l'enfant est une avancée considérable dans notre législation, seulement celle-ci heurte de plein fouet des traditions ancestrales aussi téméraire qu'elles ne l'ont jamais été dans l'histoire.*

Quel intérêt y avait-il alors pour les adultes à écouter un enfant qui était perçu comme incapable de savoir et d'exprimer ce qui était le mieux pour lui, en raison de son manque de maturité et de

vocabulaire ? Cette conception classique a progressivement été bouleversée en même temps que la place de l'enfant dans la société a été redéfinie dans plusieurs législations occidentales.

En droit malien, l'évolution s'est faite sous l'impulsion du Code des personnes et de la famille qui reconnaît à l'enfant doué de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et, pour le cadre judiciaire, la possibilité d'être entendu dans toute procédure le concernant, suite à la ratification par l'Etat du Mali de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le 30 décembre 2011, le Mali se dotait enfin d'un Code des personnes et de la famille<sup>1</sup> après plusieurs tentatives de codification<sup>2</sup>.

---

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

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

Ce Code est un regroupement de textes disparates qui régissaient les rapports sociaux au Mali. Parmi lesquels rapports il est question d'autorité parentale, le droit des enfants et le devoir des adultes comme celui qui permet à l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires qui l'intéressent notamment en matière de divorce. En effet, Le mot enfant vient du latin « infans » qui signifie celui qui ne parle pas. Autrefois, il était demandé à l'enfant d'être sage et de se taire. Aujourd'hui, dans la conception moderne de « l'enfant », il est invité à donner son point de vue dans les relations familiales le concernant, dans les procédures judiciaires notamment le divorce.

Cette conception a longtemps dominé le système juridique français, qui estimait que seuls le juge et les parents étaient aptes à décider pour l'enfant, lequel subissait leurs décisions, mais n'y participait pas. Ce n'est que très récemment que le regard porté sur l'enfant a changé, regard de la société tout d'abord, avec l'aménagement d'espaces d'expression de l'enfant au sein de la famille ou à l'école<sup>3</sup>; regard du droit français ensuite qui, ayant influencé notre droit, par la construction au plan international d'un « droit de l'enfant » se substituant aux « droits applicables à l'enfant »<sup>4</sup>, a dû progressivement tenir compte de la parole de l'enfant.

Le divorce est une question de première importance pour l'enfant où il est primordial de préserver son « intérêt supérieur » qui existerait évidemment si les parents restaient ensemble et la famille devait jouer sa fonction socialisatrice par excellence. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur malien a accordé aux familles respectives une importance capitale en choisissant de l'organiser sur des bases plus équilibrées c'est-à-dire justes et solides et de lui assurer

---

nationale pour vote. Ce Code fut voté le 3 août 2009 (loi n° 09-38 AN-RM du 3 août 2009 portant Code des personnes et de la famille). Cette loi étant sérieusement contestée, le président de la République décida de l'envoyer à l'Assemblée nationale pour une relecture. Ce qui aboutit à l'adoption de la loi n° 11-087 / AN-RM du 30 décembre 2011 portant CPF.

<sup>3</sup> Marie-Philomène GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Paris, Defrénois, 2006.

<sup>4</sup> Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2010.

de ce fait une protection efficace afin que celle-ci puisse accomplir pleinement cette fonction. Mais si l'on doit opter à sa dislocation, ce qu'on n'a pas le choix, on doit pouvoir préserver certains intérêts qui viennent en ligne de mire notamment celui de l'enfant.

Il convient de rappeler que, la socialisation comprend l'ensemble des mécanismes par lesquels les individus font l'apprentissage des rapports sociaux entre les hommes et assimilent les manières de penser, de sentir, d'agir propre à une société. Pour le dire autrement, au cours de la socialisation, les parents inculquent aux enfants les conduites à tenir dans différents circonstances de la vie (les usages sociaux, les normes...). Nous disons toujours que l'enfant «c'est l'avenir d'une nation»,et cela est une vérité incontestable. C'est pourquoi, l'éducation de l'enfant ne doit pas être bafouée au même titre que la famille éclatée. Il doit pouvoir parler pour faire entendre ses désirs et ses craintes afin d'orienter la décision du juge le concernant lorsqu'il prononce le divorce.

Durant ces deux décennies, il s'est produit, dans de nombreux pays et en particulier au Mali, une évolution considérable en ce qui concerne la prise en considération des droits et des intérêts de l'enfant dans les procédures qui le concernent. La position procédurale de l'enfant s'en est trouvée renforcée à travers les textes internationaux que nationaux. La CIDE en prônant les libertés fondamentales de pensée, d'expression et d'association, et d'audition de l'enfant devant le juge met les enfants dans une position identique à celle des adultes. Ce ne sont plus les «droits de l'enfant», c'est l'abolition des fondements mêmes de la notion d'enfance.

Il important de noter que des difficultés surviennent en l'absence de précision du l'article 610 du CPF quant aux procédures concernant le mineur et quant au lien entre le mineur et la procédure. Nous pouvons tout de suite dire qu'il s'agit des procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale de fixation de la résidence, de droit de visite et d'hébergement, de retrait de l'autorité parentale<sup>5</sup>...La liste est non exhaustive.

---

<sup>5</sup> La circulaire du 3 juillet 2009 ( France).



Dans cette disposition qui accorde « à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Autrement dit, l'article 610 nuance le droit d'expression des enfants lorsqu'ils s'expriment sur des problèmes qui les concernent directement, mais elle ne retient pas cette nuance pour leur accorder les libertés fondamentales ordinaires des adultes.

La rencontre avec le monde de la justice est douloureuse pour tout un chacun, elle l'est plus encore pour un enfant, qui, en raison de sa vulnérabilité, de son inexpérience, de sa difficulté à saisir les enjeux, ne devrait jamais avoir à fréquenter les prétoires. Pourtant, les aléas de la vie, qui feront de lui la victime d'une infraction, celui auquel on reproche une infraction ou celui dont les parents ne parviennent pas à régler un litige le concernant, pourront l'y amener. Notre droit a tardivement réalisé la nécessité d'aménager des règles procédurales destinées à préserver autant que possible l'enfant confronté à une justice d'adultes. Le législateur a pris conscience des spécificités liées à la parole de l'enfant en justice, et tenté de construire, en matière civile, un régime qui réponde aux préoccupations de l'enfant.

Au Mali, la philosophie actuelle des textes est d'associer l'enfant, en fonction de son âge et de sa maturité, aux décisions qui le concernent peut-elle d'adapter avec la réalité socio-culturelle d'un pays dont les traditions sont si variées et si téméraires ? A-t-il le droit de s'exprimer en justice ? Comment sa parole est-elle recueillie ? Quelle valeur faut-il accorder à la parole de l'enfant ? Si la prise en compte par le droit de la parole de l'enfant s'avère si délicate, c'est aussi parce que le concept même d'enfant recouvre des réalités bien différentes : comment construire un régime unitaire applicable aussi bien à l'enfant de cinq ans qu'à l'adolescent de dix-sept ans ?

Il est fort clair que théoriquement, si cela ne posait pas de difficulté, dans la pratique, des contraintes liées à la diversité culturelle devaient être au préalable résolues. De ce fait, plusieurs textes nationaux et internationaux définissant l'enfant et nous les verront abondamment, prévoient, donc une positivité du droit

d'audition de l'enfant en droit malien(I), même si on constate avec regret que son application reste à désirer dans notre système judiciaire (II) pour des raisons liées aux diversités culturelles.

### **I. L'audition de l'enfant en cours de divorce : une positivité en droit malien, une garantie des droits fondamentaux de l'enfant pouvant compliquer le divorce**

Le fait que l'enfant puisse exprimer ses sentiments en matière de divorce de ses parents est prévu dans plusieurs domaines de notre droit, en conventions et traités internationaux (A) puis dans le Code des personnes et la famille (B).

#### ***A. Les instruments internationaux en faveur de ces prérogatives***

La convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) précise que l'enfant doué de discernement a le droit d'être entendu et défendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant<sup>6</sup>. Cette convention peut être invoquée devant le juge malien en considération du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>7</sup>. Il est important de rappeler que La convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) est perçue, à juste titre pour l'essentiel, comme une contribution importante à la construction d'un État de droit mondial. Elle établit un ensemble complet de droits des enfants, avec lesquels on ne peut guère être qu'en plein accord, que la communauté internationale s'est presque tout entière engagée à mettre en œuvre, ce dont on ne peut que se réjouir. Ceci posé, la CIDE comporte malgré tout quelques articles, au côté de l'article 12 relatif à l'audition de l'enfant, qui laissent pour le moins songeur, si l'on veut bien les lire en pensant sérieusement à ce qu'impliquerait leur mise en œuvre effective. En effet, l'article 13 de la CIDE accorde aux enfants le droit à la liberté d'expression, l'article 14 leur accorde le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'article 15

---

<sup>6</sup> Art. 3-1 et 12-2 du CIDE.

<sup>7</sup> C. cass., civ.1<sup>er</sup>,18.5.2005, pourvoi n° 02-20613.

leur accorde les droits à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

Cependant, force est de rappeler que cette convention internationale sur les droits de l'enfant n'est pas d'application directe. Pour la cour de cassation française, les dispositions de la convention de New York relative aux droits de l'enfant ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, puisque cette convention, qui crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement en droit interne<sup>8</sup>. Il existe plusieurs dispositions dans le droit interne qui constitue le fondement juridique de cette audition de l'enfant.

### ***B. Le droit national favorable à l'audition de l'enfant en matière de divorce***

Il est prévu dans l'article 610 du Code des personnes et de la famille que « Le mineur capable de discernement peut, dans toute procédure le concernant, sans préjudice des dispositions prévoyant son interdiction ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsqu'il en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

Cette audition qui ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure, constitue bien évidemment le fondement juridique de ce droit. L'esprit de cette disposition est d'associer l'enfant, en fonction de son âge et sa maturité, aux décisions qui le concernent. Cette disposition correspond également à celle de l'article 388-1 du Code civil français. Il n'est pas inutile de préciser que cette demande d'audition ne fait pas de l'enfant partie au procès. Car, il ne peut intervenir dans la procédure, n'étant pas considéré comme « partie » au litige. Dès lors, il ne peut pas intervenir dans une procédure de divorce notamment pour demander un changement de résidence<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Civ.1<sup>er</sup>, 10 mars 1993.

<sup>9</sup> C. cass., civ.1<sup>re</sup>, 4.1.1995, pourvoi n° 92-20682.

L'enfant n'est pas partie au procès de divorce, c'est pourquoi il est interdit de positionner dans un conflit opposant leurs parents, il est interdit d'entendre les descendants sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande<sup>10</sup>. Les conditions de l'audition du mineur s'étendent du discernement de l'enfant (1) et sur la recevabilité de son audition (2).

### *1. Le discernement de l'enfant*

La condition relative au discernement de l'enfant concerne la capacité de discernement de l'enfant. Le critère du discernement est donc décisif, pourtant le législateur ne s'est jamais risqué à le définir, son abstention s'expliquant peut-être par la complexité de la notion, ou par la volonté de lui attribuer un contenu variable. De ce fait, il faut associer l'enfant à la procédure, en fonction de son âge et sa maturité, aux décisions le concernant notamment l'hébergement, résidence, droit de visite... parce que le divorce a toujours des répercussions sur l'enfant. Ce sera mieux de voir le juge prendre en compte son avis en vue de le mettre dans les meilleures situations. Un indice peut aider le juge également dans cette quête : puisque le mineur a la possibilité de demander au juge d'être entendu, le juge pourrait être plus porté à considérer qu'un mineur est doué de discernement s'il a de lui-même sollicité son audition, sauf à considérer que cette demande a été initiée par un parent un peu pressant.

Le discernement est l'aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de raison (question de fait), le rend non seulement capable de s'obliger de façon délictueuse mais aussi de pouvoir exprimer ses désirs et ses craintes. La question qui est soulevée est celle de savoir, quel est l'âge de ce discernement ?

Dans le droit français, la capacité de discernement est une situation de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge, en raison de l'absence de précision de l'âge prévu par la loi française. Le critère déterminant d'appréciation utilisé par le juge français est de constater

---

<sup>10</sup>Art. 259 du Code civil.

si l'enfant n'est pas soumis à l'influence excessive d'un parent et qu'il a un certain degré de maturité. De ce fait le juge français ne fait pas de l'âge un critère déterminant mais choisit plutôt d'apprécier le discernement de l'enfant<sup>11</sup>. Ainsi, le législateur français se refuse-t-il actuellement à recourir aux seuils d'âge. Or, on pourrait penser que les choses seraient plus aisées s'il était fixé un âge à partir duquel l'enfant est considéré comme doué de la capacité de discernement. C'est cette option qu'avait retenue par la loi Malhuret en 1987<sup>12</sup> qui prévoyait une audition obligatoire du mineur de plus de treize ans par le juge chargé du divorce de ses parents.

Aussi dans le droit malien, sommes-nous parvenus à la même solution c'est-à-dire à considérer l'âge à partir de treize ans comme celui du discernement par la casuistique ci-après : dans le domaine de l'adoption, l'article 527 du CPF prévoit : « L'adoption- protection est permise quel que soit l'âge de l'adopté. Si l'adopté est âgé de plus de 13 ans, il doit consentir personnellement à l'adoption. »

Dans le domaine de la filiation, il est prévu par l'article 497 du CPF ce qui suit : « Lors même que sa filiation n'aurait été établie qu'en second lieu à l'égard du père, l'enfant naturel pourra prendre le nom de celui-ci par substitution, si pendant sa minorité, ses deux parents en font la demande conjointe devant le tribunal civil. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire. »

Au-delà de ces dispositions civiles, nous pouvons trouver des dispositions pénales qui déterminent suffisamment le discernement du mineur à 13 ans, telle que celle de l'article 2 de la loi n° 01-081/ du 24 août 2001 portant sur la minorité pénale et institution de juridictions pour mineurs modifiée par la loi n° 07-016 du 16 février 2007, qui parle de discernement à partir de 13 et avant 18 ans<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> C. cass., civ. 1<sup>er</sup>, 15.5.2013, pourvoi n° 12-1224.

<sup>12</sup> Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *Journal officiel*, 24 juillet 1987.

<sup>13</sup> Article 2 de la loi n° 01-081/ du 24 août 2001 portant sur la minorité pénale et institution de juridictions pour mineurs modifiée par la loi n°07-016 du 16 février 2007 dispose : « Lorsque le prévenu ou l'accusé aura moins de treize (13) ans, il sera relaxé ou acquitté, comme ayant agi sans discernement. // Lorsque le prévenu ou l'accusé aura plus de treize (13) ans et moins de dix-

Donc au Mali, le juge ne peut pas entendre un enfant qui a moins de 13 ans pour constater son discernement, et lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement sur le fait que la procédure ne le concerne pas. En réalité, nous pensons que l'âge ne doit pas être pris comme la seule unité mesure de la maturité de l'être : même un enfant de six ans ou neuf ans peut bien informer le juge chargé du divorce.

Dans cette perspective la position du législateur suisse ne surprend guère lorsqu'on constate que le droit suisse ne fixe aucune limite quant à l'âge de l'audition. En effet, les articles 298 CPC et 314a CC ne fixent pas de limite d'âge à partir de laquelle un enfant doit être auditionné. Le Tribunal fédéral a précisé que la loi parle d'audition, et non d'observation, ce qui ne permet pas d'exiger une audition à l'âge de deux ou trois ans ; inversement, il ne faut pas aller jusqu'à exiger la capacité de discernement<sup>14</sup>. Le Tribunal fédéral pose dès lors comme principe que les enfants peuvent être entendus dès l'âge de six ans révolus<sup>15</sup>. Cette limite n'est pas absolue : un enfant plus jeune peut être auditionné, par exemple lorsqu'il est le cadet d'une fratrie et qu'il est proche de sa sixième année<sup>16</sup>.

Cette solution du droit suisse nous paraît la plus pertinente, car même un enfant de six ou dix peut être intéressant entendre seulement dans cette hypothèse, il est préférable que ce soit un spécialiste qui l'entende compte tenu de son très jeune âge notamment un psychologue. Donc il est préférable de suivre la logique du droit

---

huit (18) ans, il sera relaxé ou acquitté s'il est décidé qu'il a agi sans discernement. // Dans les cas prévus aux alinéas précédents le mineur sera remis à ses parents ou à une institution d'éducation spécialisée publique ou privée pour le temps que le jugement déterminera et qui, toutefois, ne pourra excéder la date de ses dix-huit (18) ans. // Lorsque seule l'année de naissance du mineur est connue, il est présumé né le 31 décembre de ladite année. »

<sup>14</sup> ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 16 juin 2014, 5A\_821/2013, cons. 4 ; STECK, n. 10 ad art.298 CPC ; HERZIG, n. 379.

<sup>15</sup> 20 ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 3 ; 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.3 ; TF du 21 octobre 2014,

<sup>16</sup> ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.3 ; TF du 16 juin 2014, 5A\_821/2013, cons. 4 ; STECK, n. 1 ad art. 298 CPC ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 18 ad art. 144 CC.

suisse qui est plus ardue que celle du droit français, c'est elle qui va donner la chance à tous les enfants de tous les âges d'être auditionnés. D'ailleurs, la pratique de l'audition des enfants varie d'un pays à l'autre et le discernement n'est pas forcément lié à l'âge, on a pu constater également en Allemagne que l'audition de l'enfant est faite dès l'âge de trois ans ou quatre ans et d'une manière générale, dès qu'il est apte à exprimer de manière compréhensible.

Celle-ci n'est pas soumise à une forme particulière (si possible lettre avec accusé de réception adressée au juge aux affaires familiales). Ce qui est regrettable, le CPF ne fournit aucun élément précisant une quelconque forme dans laquelle cette audition devrait être formulée et nous espérons trouver une solution à l'avenir. La demande d'audition doit être présentée par l'intéressé c'est-à-dire le mineur lui-même à toute étape de la procédure de divorce même à l'appel. L'enfant reçoit ensuite une convocation de la part du juge aux affaires familiales. Les deux parents sont prévenus mais ne peuvent assister à l'audience. Toutefois, lorsque le juge décide même d'office de l'audition d'un enfant, le secrétariat de la juridiction doit en aviser les défenseurs ou conseils des parents<sup>17</sup>.

## *2. Recevabilité de la demande*

L'audition découle de la protection de la personnalité de l'enfant ; c'est un droit strictement personnel de l'enfant. Le principe est que c'est l'enfant qui en fait la demande et que le juge est tenu de l'auditionner<sup>18</sup> sauf en cas de motifs légitimes. L'audition n'est de droit que lorsque le mineur la sollicite et c'est à ce moment-là que le juge est tenu de l'entendre. Par ailleurs, au-delà du cas de demande de l'enfant, l'exercice de ce droit peut être demandé par le juge ou les parents selon le droit français et le droit suisse.

Il n'est pas superfluous de noter également que l'audition peut être refusée si elle n'est pas nécessaire à la solution du litige ou si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, selon une Cour d'appel française, estimant souverainement qu'il n'y a pas lieu de procéder à une seconde

---

<sup>17</sup> Civ.1<sup>er</sup>, 3 déc. 2008.

<sup>18</sup> Art. 610-2 du CPF.

audition d'un enfant de plus treize ans, déjà entendu en première instance<sup>19</sup>. C'est justement pour éviter un cumul d'audition qui serait inefficace. Il en va ainsi de l'hypothèse où la santé ou les facultés intellectuelles de l'enfant rendent cette audition impossible, mais encore lorsque celle-ci serait de nature à compromettre sa santé ou son état mental<sup>20</sup>.

Quant aux modalités de l'audition, il faut préciser qu'il n'existe aucune exigence procédurale formelle : il s'agit, pour le juge, d'écouter l'enfant en toute liberté, de recueillir ses sentiments, de l'entendre parler de ses problèmes, de ses craintes, de ses affections, de ses ressentiments... de faire en sorte qu'il puisse lui livrer l'ensemble de son univers affectif, le plus simplement, le plus naturellement et le plus librement possible (il faut l'amener à se détendre, à parler de sa vie avec ses amis, de son environnement, de ses goûts, de ses loisirs, de son école, de ses relations avec ses parents (ce qu'il pense de ses parents...), avec sa famille en général.

L'audition devant le juge peut se réaliser en présence d'un tiers ou d'un avocat<sup>21</sup>, seulement il est préférable que ce tiers ait des compétences professionnelles spécifiques : psychologue, assistant social, pédopsychiatre, éducateur etc. Le juge doit normalement s'assurer que l'enfant a été informé par les parents dans le cadre de divorce par consentement mutuel. Cette information est faite, selon le droit français, au moyen d'un formulaire dont le modèle est fixé par un arrêté du 28 décembre 2016<sup>22</sup>, que doit recopier et signer l'enfant concerné. La requête doit d'ailleurs être accompagnée de ce

---

<sup>19</sup> Civ.1<sup>er</sup>, 2 avr.1996.

<sup>20</sup> Civ.1<sup>er</sup>, 20 février 1985.

<sup>21</sup> Art. 610. 2 du CPF : « ... Lorsqu'il en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. »

<sup>22</sup> Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.



formulaire de demande d'audition<sup>23</sup>. Ainsi la question du comment l'enfant est auditionné semble être réglée par le droit français à l'indifférence du droit malien.

A présent la question qu'on se pose, est de savoir si l'audition du mineur est une garantie de la préservation de ses intérêts ou une arme donnée aux enfants pour compliquer le divorce de leur parent ? Au regard de tout qui a été démontré précédemment, il est non douteux que l'audition de l'enfant constitue une garantie fondamentale des droits de l'enfant, mais qui pourrait souvent ralentir la procédure du divorce.

Toutefois, il n'est pas surabondant de signaler qu'une telle audience est inexistante chez nous dans la procédure civile voire de divorce. cela s'explique aisément par la méconnaissance de ces droits par les praticiens et de la population d'une part et d'autre part, par le poids de l'éducation traditionnelle malienne qui verra d'un mauvais œil un enfant intervenir dans les affaires aussi compliquées que sont la famille et ses crises conjugales.

Nous espérons que cette défaillance sera vite corrigée par le parquet, qui est considéré comme garant de l'ordre public. Et il se trouve que l'ordre public concerne aussi la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le procureur de la République doit donner non seulement son avis sur l'admission du divorce mais aussi sur les clauses du projet de la convention qui concernent les enfants mineurs. En France la question devient de moins en moins importante avec l'institution du divorce par consentement mutuel sans juge au côté du divorce par consentement judiciaire, lequel procédé interdit l'audition de l'enfant.

## **II. La pratique de l'audition de l'enfant en matière de divorce : une négativité en jurisprudence malienne, un droit à la lumière des jurisprudences suisses et françaises**

A la lecture des dispositions pertinentes de l'article 610 du CPF, on est presque sûr qu'il s'agit d'une innovation louable (laisser la

---

<sup>23</sup> Art. .229-2, C. civ. ; art. 1148-2, CPC français.

possibilité aux enfants de plaider leur cause). Seulement le constat regrettable est que celle-ci n'est pas suivie par le juge malien chargé du divorce qui est supposé accomplir le rôle du juge matrimonial alors qu'il n'en est pas un véritablement. Ce qu'il faut corriger dans l'avenir vu l'important rôle que joue le JAM français. Il faut noter que cette négativité sur le plan de la jurisprudence est imputable à la réglementation sommaire et presque implicite du droit d'audition de l'enfant (A) et au poids de diverses traditions maliennes ayant leur emprise sur les questions délicates de la famille en général et celles afférentes à l'enfant (B) en particulier.

***A. Le droit de l'audition de l'enfant, une réglementation sommaire et implicite du CPF***

Notre synthèse de la question d'audition de l'enfant révèle des points pertinents qui échappent à notre CPF. Quelle est la valeur juridique de l'information donnée par l'enfant ? L'audition de l'enfant est plus une simple information, elle sert aussi selon une jurisprudence suisse à l'établissement d'office des faits dans le cadre des procédures judiciaires réglant le sort de l'enfant<sup>24</sup>. Ainsi, les père et mère peuvent exiger l'audition de l'enfant dans la procédure au titre de moyen de preuve, et cela même si l'enfant n'est pas capable de discernement, pour autant qu'il ait atteint l'âge d'être auditionné<sup>25</sup>.

Par la suite, le Tribunal fédéral est allé plus loin en exigeant l'audition par principe. Il a estimé que le juge est tenu d'entendre l'enfant non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent,

---

<sup>24</sup> ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.1 ; TF du 22 juillet 2014, 5A\_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 16 juin 2014, 5A\_821/2013, cons. 4 ; TF du 10 février 2012, 5A\_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 5 décembre 2011, 5A\_402/2011, cons. 5.1 ; TF du 3 août 2011, 5A\_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 5 novembre 2010, 5A\_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A\_89/2010, cons. 4.1.1 ; JEANDIN, n. 4 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 5 ad art. 298 CPC ; RUMO-JUNGO, p. 118 ; HERZIG, n. 379.

<sup>25</sup> TF du 6 août 2013, 5A\_473/2013, cons. 3 ; TF du 5 novembre 2010, 5A\_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_501/2010, cons. 2.4 ; TF du 3 juin 2010, 5A\_89/2010, cons. 4.1.1.

mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. Le Tribunal fédéral a précisé que même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant sur l'exercice duquel il doit pouvoir s'exprimer. Le juge a donc l'obligation d'informer l'enfant de son droit s'il tient à respecter son propre devoir d'audition<sup>26</sup>. Si le juge n'auditionne pas l'enfant ou, à tout le moins, ne se pose pas la question d'une telle audition alors que les enfants sont âgés de plus de six ans, il applique arbitrairement le droit<sup>27</sup>.

Quelle est la personne chargée d'auditionner l'enfant ? Certes que le CPF désigne le juge saisi ou celui qui aura été délégué par lui, c'est clair. Seulement on se pose la question de savoir qui du juge ou du tiers répond aux intérêts de l'enfant ? Cette précision n'est nulle part donnée. En principe, la préférence doit être donnée à l'audition par le juge, car elle lui permet de se faire une idée personnelle avant de trancher la question du sort de l'enfant. Il serait contraire à la *ratio legis* de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion ; l'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même<sup>28</sup>.

En cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre, un psychologue ou le collaborateur d'un service de protection de la

---

<sup>26</sup> TF du 5 décembre 2011, 5A\_402/2011, cons. 5.1 ; RUMO-JUNGO, p. 119.

<sup>27</sup> TF du 5 décembre 2011, 5A\_402/2011, cons. 5.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_501/2010, cons. 2.4 ; TF du 22 août 2008, 5A\_388/2008, cons. 4 ; MEIER, p. 403.

<sup>28</sup> ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244 ",," cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A\_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 18 septembre 2012, 5A\_465/2012, cons. 3.1.2 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1 ; STECK, n. 9 ad art. 298 CPC. Quelques arrêts tempèrent le principe en précisant que la marge d'appréciation laissée par la loi ne doit pas non plus être inutilement réduite : si l'audition par le juge concerné a l'avantage d'être directe, celui-ci est souvent moins bien formé et a moins d'expérience qu'un spécialiste (ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244 cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A\_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4).

jeunesse<sup>29</sup>. En revanche, un curateur (au sens de l'art. 308 CC ou 299 sv. CPC) ne saurait être considéré comme un tiers pouvant procéder à l'audition<sup>30</sup>.

Par « circonstances particulières », il faut entendre des cas particulièrement délicats dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant (soupçon de relations familiales pathogènes, de conflit familial aigu, de dissensions concernant le sort des enfants ou de troubles reconnaissables chez l'enfant, âge de l'enfant, etc.)<sup>31</sup>.

En fin, il n'est pas surabondant de chercher à savoir quels sont les motifs permettant au juge de renoncer à l'audition de l'enfant ? L'article 610 alinéa 2 fait allusion à « une décision spécialement motivée », sans préciser quels sont véritablement les motifs de cette renonciation.

Au-delà de la possibilité accordée au juge de renoncer à entendre l'enfant si son âge ou d'autres justes motifs s'y opposent : Un âge inférieur à six ans s'oppose généralement à une telle audition dans le droit suisse, moins de neuf ans en droit français<sup>32</sup>... Les autres justes motifs qui dispensent le juge d'entendre l'enfant relèvent de son pouvoir d'appréciation et dépendent des circonstances du cas d'espèce.

Les « autres justes motifs » sont notamment les suivants<sup>33</sup>: le refus crédible de l'enfant lui-même d'être entendu<sup>34</sup> ; le risque que l'audition porte atteinte au bien de l'enfant (santé psychique ou

---

<sup>29</sup> TF du 5 décembre 2011, 5A\_402/2011, cons. 5.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1; JEANDIN, n. 9 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 11 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 405.

<sup>30</sup> ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 5 ; TF du 28 septembre 2005, 5P.276/2005, cons. 3.3 ; JEANDIN, n. 9 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 13 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 405.

<sup>31</sup> TF du 18 septembre 2012, 5A\_465/2012, cons. 3.1.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1.

<sup>32</sup> C. cass. civ.1<sup>re</sup>, 15.5.2013, pourvoi n°12-12224.

<sup>33</sup> ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.3.1 ; JEANDIN, n. 12 ad art. 298 CPC ; MEIER, p. 407 sv. ; STECK, n.16 sv. ad art. 298 CPC ; RUMO-JUNGO, p. 123 ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 21 ad art. 144 CC.

<sup>34</sup> Pour les détails, voir RAEMY, p. 43 sv dans le présent ouvrage.

physique) ; la crainte fondée de représailles contre l'enfant ; un séjour durable de l'enfant à l'étranger ; le besoin qu'une mesure urgente soit ordonnée, sans que l'on puisse retarder la prise de décision pour une telle audition ; l'absence du moindre contact régulier, depuis de nombreuses années, avec le parent dont l'enfant est censé parler<sup>35</sup>.

En outre, il convient d'éviter la répétition des auditions, lorsque cela représenterait une tension insupportable pour l'enfant (par exemple, en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition<sup>36</sup>. Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers, pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels<sup>37</sup>. A ces conditions, même une expertise demandée dans une autre procédure est suffisante<sup>38</sup>.

Quelle suite le juge doit-il donner à l'audition de l'enfant ? L'opinion de l'enfant est toujours importante et à tous les âges. Seulement que la volonté de l'enfant soit déterminante dans la prise de décision du juge dépendra évidemment du degré de maturité, ce

---

<sup>35</sup> ATF 124 III 90, JdT 1998 I 272, cons. 3c ; arrêt du tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 18 décembre 2012, *RSJ* 2013 394 ss ; *MEIER*, p. 407 sv.

<sup>36</sup> ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 3 février 2015, 5A\_411/2014, cons. 2.2 ; TF du 24 mars 2014, 5A\_869/2013, cons. 2.1.1 ; TF du 14 février 2013, 5A\_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 12 mars 2012, 5A\_701/2011, cons. 2.2.2 ; TF du 3 août 2011, 5A\_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A\_89/2010, cons. 4.1.2.

<sup>37</sup> ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A\_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 3 août 2011, 5A\_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.1 ; *STECK*, n. 12 et 22 ad art. 298 CPC ; *HERZIG*, n. 405.

<sup>38</sup> ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4.

qui nous renvoie à la question d'âge et aux circonstances du cas d'espèce.

La prise en compte par exemple de l'enfant de six ans à onze ans vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source d'informations complémentaires, sans rechercher une détermination précise de l'enfant quant à l'issue juridique de la procédure<sup>39</sup>. Pour la prise en compte de l'avis d'un enfant d'au moins onze ans par contre, il est suivi pour autant que cela soit compatible avec son intérêt<sup>40</sup>. En toute évidence, au fur et à mesure que l'enfant grandit et mûrit, il convient de tenir de plus en plus en plus compte de son avis dans la décision<sup>41</sup>.

En plus, dans la prise en compte de l'audition de l'enfant, il est judicieux de retenir qu'il a été plusieurs fois décidé que le juge, qui a pris en considération les sentiments exprimés par l'enfant au cours de son audition, n'est pas tenu d'en préciser la teneur dans sa décision<sup>42</sup>. Il doit en revanche faire mention de cette audition<sup>43</sup>.

L'enfant peut-il interjeter appel contre le refus du juge ? L'art. 298 al. 3 du CPC Suisse passe un pallier en la matière en prévoyant, pour l'enfant capable de discernement, la possibilité d'interjeter un recours contre un refus du tribunal d'ordonner son audition. Il s'agit d'une voie de recours spécifique en faveur de l'enfant, non partie à la procédure. Les conditions suivantes doivent cependant être remplies : le juge doit rendre une ordonnance d'instruction (art. 319 let. b ch. 1

---

<sup>39</sup> ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 21 octobre 2014, 5A\_554/2014, cons. 5.1.2 ; TF du 24 mars 2014, 5A\_869/2013, cons. 2.1.1 ; TF du 23 décembre 2013, 5A\_557/2013, cons. 2.1 ; TF du 2 décembre 2013, 5A\_799/2013, cons. 5.7 ; TF du 10 février 2012, 5A\_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 12 mars 2010, 5A\_119/2010, cons. 2.1.3.

<sup>40</sup> TF du 22 juillet 2014, 5A\_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A\_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 31 octobre 2007, 5A\_293/2007, cons. 5.1 ; TF du 6 novembre 2009, 5A\_531/2009, cons. 3.

<sup>41</sup> TF du 17 octobre 2014, 5A\_719/2013, cons. 4.4 ; TF du 29 mars 2011, 5A\_160/2011, cons. 5.1 ; TF du 23 mai 2013, 5A\_120/2013, cons. 2.3 ; TF du 21 novembre 2011, 5A\_234/2011, cons. 3.4.2.

<sup>42</sup> C. cass., civ. 2°, 20.11.1996, pourvoi n°93-19.937, 22.10.2014, pourvoi n°13-24945.

<sup>43</sup> C. cass., civ. 2°, 20.10.2010, pourvoi n° 09-67468.

CPC) ; en cas d'absence de décision sur l'audition, nonobstant la requête de l'enfant, c'est l'art. 319 let. c CPC, qui prévoit le déni de justice formel, que l'enfant invoquera ; l'enfant doit être capable de discernement ; à cette condition, il peut signer lui-même son recours même s'il n'a pas l'exercice des droits civils, dans la mesure où cette démarche entre dans le cadre de l'exercice de ses droits strictement personnels (art. 67 al. 3 du CPC Suisse) ; il doit s'agir d'un refus d'entendre l'enfant ; ce dernier ne peut jamais recourir contre la décision de l'entendre ; en effet, si l'enfant ne désire pas être entendu par le tribunal malgré une décision allant dans ce sens, il lui suffit d'en informer le tribunal ; aucune sanction ne peut être prise à son encontre.

Puisqu'il s'agit d'une ordonnance d'instruction, l'enfant dispose d'un délai de dix jours dès la notification de la décision pour recourir (art. 321 al. 2 CPC suisse). Le recours ne déploie pas d'effet suspensif automatique<sup>44</sup>. Cependant, l'autorité supérieure peut ordonner – d'office ou sur requête – la suspension de la procédure au fond au titre de mesure conservatoire (art. 325 al. 2 CPC suisse). La décision de dernière instance cantonale constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, contre laquelle l'enfant peut recourir par le biais du recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF)<sup>45</sup>. En cas d'admission du recours, le Tribunal fédéral annule directement l'arrêt et renvoie la cause à l'autorité inférieure, afin qu'elle prenne en considération la question de l'audition des enfants<sup>46</sup>.

C'est surtout l'absence déplorable d'un véritable juge matrimonial voire d'un juge de l'enfant, qui rend inapplicable ce droit en pratique au Mali. Or, il a toute son importance dans un pays où le droit de la famille se développe constamment, où justement l'enfant est aussi au centre ce droit. En réalité c'est un juge des affaires matrimoniales qui

---

<sup>44</sup> JEANDIN, n. 13 ad art. 298 CPC ; MEIER, *L'enfant*, p. 37 et s.

<sup>45</sup> ATF 5A\_183/2009, cons. 1 ; MEIER, *L'enfant*, p. 37 et s. ; SCHWEIGHAUSER, p. 14.

<sup>46</sup> TF du 5 décembre 2011, 5A\_402/2011, cons. 6 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.4 ; TF du 22 août 2008, 5A\_388/2008, cons. 4 ; MEIER, p. 403.

fera mieux révolutionner notre système judiciaire en matière des questions familiales, dans lequel il manque de juges de ce genre et que n'importe quel juge au siège de ces juridictions peut être désigné par le président pour connaître de ces causes. En plus les actions de divorce continuent toujours à être connues par les JPCE qui ont été remplacées par les tribunaux d'instance, dans la nouvelle réforme de la justice de 2011 dont l'application n'est malheureusement pas encore effective. C'est ce qui constitue véritablement une défaillance du fonctionnement de nos juridictions.

Par ailleurs, en France un juge est délégué spécialement pour statuer uniquement sur les questions de divorce et celles afférents à la famille. Ce juge est dénommé juge aux affaires familiales (JAF) qui est un juge spécialisé du tribunal de grande instance. Il est doté d'une compétence exclusive en matière de divorce. Dans le système judiciaire français il est considéré comme le pivot de la procédure, c'est un « homme-orchestre du divorce ».

Mais avant l'institution de ce JAF, le juge délégué, sous le régime, de la loi de 1975 était le juge aux affaires matrimoniales (JAM), lequel s'occupait essentiellement du divorce et de l'après-divorce. Existe-t-il une sanction pour non audition de l'enfant lors du divorce ? On est obligé de répondre négativement, même s'il est prévu que le refus du juge doit être toujours motivé. Il faut seulement être d'accord que le refus sans motif du juge ne peut être considéré que comme arbitraire<sup>47</sup> et le droit de recours de l'enfant contre cette ordonnance de refus injustifiée en droit suisse ; Sinon il n'en est rien en droit malien. C'est un vide que nous attendons voir combler urgemment.

***B. L'emprise des traditions maliennes sur les questions de l'enfant : un obstacle à la pratique de ce droit à l'audition***

Il est reproché bien évidemment à la tradition d'être obstacle au développement, et il est clair que c'est le domaine où il y a plus à faire

---

<sup>47</sup>TF du 22 juillet 2014, 5A\_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 6 août 2013, 5A\_473/2013, cons. 3 ; TF du 6 juillet 2010, 5A\_50/2010, cons. 2.4 ; TF du 3 juin 2010, 5A\_89/2010, cons. 4.1.1.



pour l'intérêt de la femme et de l'enfant qui sont les deux êtres méprisés en son sein, car elle prône des valeurs qui ne militent guère en faveur de leur épanouissement mais s'y opposent farouchement, c'est qui est bien entendu un comble.

Traditionnellement, non seulement on ne prêtait pas attention aux paroles des enfants, mais, il leur était même souvent, tout simplement, interdit de parler aux adultes<sup>48</sup>. La réalité est que l'enfant dans le milieu traditionnel n'est jamais émancipé et que, de surcroît, il n'est pas autorisé à s'intéresser aux affaires des adultes. Il sera frappé par la malédiction si jamais malheur lui prend de s'interférer dans la querelle qui oppose ses parents.

Nous concevons mal qu'un enfant puisse savoir ce qui est meilleur pour lui. Tout comme il est important de divorcer à l'insu de celui-ci. D'ailleurs, les parents ne vont se donner à cœur de saisir le juge malien rien que pour faire auditionner leur enfant dans le cadre du divorce. L'enfant dans la société est incapable d'écrire au juge pour se faire entendre lors il apprend que ses parents sont en instance de divorce ; car tout cela est contraire à notre mode de vie, à notre éducation traditionnelle. Nous n'avons pas encore dépassé ce pallier et trouvé à faire comme les petits enfants occidentaux qui ont été initiés à faire valoir leur droit contre leurs droits même si c'est contre leurs parents. Or, dans la cosmogonie des enfants maliens les parents sont sacrés et on ne peut aller à l'encontre de ce qu'ils décident pour nous. Car dit-on que les parents ne se trompent pas dans les choix qu'ils font pour leurs enfants, c'est seulement sacré. Donc, cette audition n'aura que peu d'intérêt dans société qui vi sous l'emprise de la tradition et de la religion islamique.

Tout cela n'enlève rien au mérite du législateur du CPF pour sa justesse et son œuvre louable qui est de se conformer aux réalités actuelles des droits des enfants prônés par les instruments

---

<sup>48</sup> Cette interdiction, plus ou moins rigoureuse, est à vrai dire fort banale dans les traditions culturelles, d'un bout à l'autre de la planète, malgré quelques notables exceptions. Dans nombre de cultures, il est même interdit de regarder « dans les yeux » les hommes adultes, sauf lorsque ce regard est sollicité.

internationaux auxquels le Mali a adhéré. Toutefois nous sommes persuadés que les valeurs traditionnelles maliennes ne sont prêtes à rendre les armes face à ce courant de modernité importé de l'occident qui veut que l'enfant soit auditionné dans une procédure de divorce.

Pis : on se pose la question même du comment une telle situation peut-elle être envisagée dans nos sociétés coutumière dans lesquelles l'enfant doit obéissance totale au père. Car, selon l'article 610 du CPF, l'enfant peut informer son désir d'habiter avec son père. C'est l'erreur à ne jamais commettre dans le milieu traditionnel manding puisque cela est motif d'indignité. Donc, la pesanteur de la tradition demeure toujours ardue face aux questions délicates de la famille.

Enfin, il n'est pas superfétatoire de rappeler que le divorce reste une situation mystère aussi pour certains adultes que pour les enfants. Ce qu'il faut préciser c'est le mariage n'est pas la chose des individus mais des communautés c'est-à-dire des familles. Et s'il y a divorce ce sont elles qui sont impliqués sans l'implication personnelle d'aucuns autres membres des familles respectives engagées dans le mariage dont l'union sera brisée.

\*

\*\*

L'Etat du Mali fort de ses engagements internationaux surtout de la convention des droits de l'enfant<sup>49</sup>. On peut affirmer sans l'ombre d'un doute, qu'un tel engagement va de mieux en mieux, lentement mais sûrement, et bien évidemment au rythme que cela impose

---

<sup>49</sup> L'art. 12 de cette convention, qui est l'expression la plus manifeste du nouveau statut de l'enfant sujet de droits, prévoit les règles suivantes : « 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. // 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

compte tenu des épreuves qui entravent l'avancée ce processus qu'est de garantir les droits les plus fondamentaux des enfants. Chose due, chose presque faite : on est à une nouvelle ère de droit où les enfants maliens à l'instar des enfants ont la faculté de demander d'être entendu dans une procédure de divorce. C'est une innovation louable. La convention des droits de l'enfant n'y est pourtant pas pour rien dans l'atteinte de cet objectif.

En effet, le législateur est persuadé que le moyen pour le juge d'avoir un meilleur éclairage intéressant lui permettant de prendre sa décision est d'entendre l'enfant concerné, dans la situation où il est capable de discernement. Le terme discernement est une notion qui fait appel à l'état de maturité, à la psychologie... de l'enfant. Ce qui est envisageable en vue du parachèvement de son travail, consiste pour le législateur du CPF à fixer l'âge spécifique à partir duquel cette audition est autorisée comme l'ont fait les droits suisse, français, allemand...

Une autre façon de parfaire cette protection des droits de l'enfant est l'institution d'un juge aux affaires matrimoniales et non un juge occasionnel des affaires matrimoniales que sont les juges chargés de cette mission. Enfin, il faut retenir que si l'innocence de l'enfant incite les uns à prendre sa parole en considération, son incapacité vient, pour les autres, diminuer la valeur de ses mots : incapacité juridique, incapacité à penser, à savoir, à dire. L'enfant aurait alors mérité son étymologie : *infans*, « celui qui ne parle pas »<sup>50</sup>, « celui dont la parole ne compte pas ».

---

<sup>50</sup> Félix GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Paris, Hachette, 1934.



## LE CONTROLE DE L'ETAT SUR LES ETABLISSEMENTS PUBLICS HOSPITALIERS AU MALI

**docteur Abdoulaye KONE,  
enseignant chercheur au Laboratoire d'étude en droit,  
décentralisation et développement local,  
inspecteur à l'Inspection de la santé du Mali  
Email : kone\_ml@yahoo.fr**

**Résumé :** *Les établissements publics hospitaliers ont été créés dans la mouvance de la réforme hospitalière de 2002. Cette réforme permet d'une part d'harmoniser le statut des hôpitaux du Mali et d'autre de mettre en place de nouveaux outils de gestion pour l'hôpital. Répondant à la décentralisation technique ou par service, les établissements publics hospitaliers sont soumis au contrôle de la tutelle. Aussi, en tant qu'établissement public, les hôpitaux n'échappent pas aux autres mécanismes de contrôle mis en place dans le cadre du contrôle de l'activité et des dépenses publiques. Cependant, force est de constater que de nos jours, ces différents contrôles exercés sur les établissements publics hospitaliers constituent une entrave à l'autonomie – qui constitue un principe fondamental de la décentralisation- de ces structures.*

**Mots clés :** *Hôpital, contrôle, autonomie, réforme hospitalière*

L'hôpital, au Mali comme dans la plupart des anciennes colonies françaises, fait partie de l'héritage infrastructurel colonial même si les modalités d'organisation et de fonctionnement actuelles présentent des différences. Le cadre institutionnel de l'hôpital au Mali a connu plusieurs mutations et cela en fonction de la volonté politique des gouvernants dans le domaine de la santé, elle est aussi tributaire des

différents régimes qu'a connu le pays<sup>1</sup>. Au Mali, le droit à la santé est consacré par la Constitution du 25 février 1992 en son article 17<sup>2</sup>. Ainsi, l'Etat détermine l'orientation sanitaire à travers la politique nationale de santé qui est mise en œuvre à partir d'un système dont le fonctionnement relève du ministère chargé de la santé. La politique et le système de santé constituent alors la réponse des pouvoirs publics aux éventuelles préoccupations de santé pouvant être ressenties par la population.

Si la politique de santé peut être considérée comme l'aspiration, la volonté exprimée par les pouvoirs publics pour faire face aux questions sanitaires, le système de santé peut se définir comme l'ensemble des institutions et des moyens affectés par l'Etat à la prévention, la restauration de la dégradation de l'état de santé d'une

---

<sup>1</sup> Le Mali accéda à l'indépendance en 1960. Le premier régime du Mali indépendant était socialiste comme indiqué dans l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1960 : « *La République soudanaise est indivisible, démocratique, laïque et sociale* ». Sous ce régime, la politique de santé était basée sur les soins de santé primaires et ces soins étaient gratuits pour tous les citoyens maliens. En 1968, le Mali connaîtra son premier coup d'Etat qui porta de jeunes militaires à la tête de l'Etat. Le régime militaire élaborera en 1974 une nouvelle Constitution qui reconduit le caractère socialiste de l'Etat ; cependant, la gratuité des soins n'était plus supportable pour l'Etat et cela à cause surtout des difficultés financières rencontrées par l'Etat à cause des programmes d'ajustement structurel. Cependant, les soins de santé primaire sont restés le socle de la politique de santé et cela en vertu des engagements de la conférence d'Alma Ata de 1978 et aussi l'initiative de Bamako de 1987. La troisième République mise en place à la suite du coup d'Etat de 1991, a permis l'élaboration d'une nouvelle Constitution en 1992. Dans le cadre de la mise en œuvre du droit à la santé consacré par cette Constitution, la déclaration de politique sectorielle de la santé, élaborée en 1991 a été révisée en 1995. Cette déclaration de politique sectorielle avait pour objectifs : (i) Améliorer l'état de santé des populations afin qu'elles participent plus activement au développement socio-économique du pays ; (ii) Etendre la couverture sanitaire tout en rendant les services accessibles à la population ; (iii) Rendre le système de santé viable et performant.

<sup>2</sup> « L'éducation, l'instruction, la formation, le travail, le logement, les loisirs, la santé, et la protection sociale constituent des droits reconnus » Article 2 de la Constitution du 25 février 1992.

population sur un territoire bien déterminé<sup>3</sup>. De là, nous comprenons, qu'à l'instar d'autres institutions publiques, il existe une relation privilégiée entre l'Etat garant de la santé de l'ensemble de la population et les structures<sup>4</sup> auxquelles il a délégué la compétence de prévenir la dégradation, de restaurer et de réhabiliter l'état de santé des citoyens. C'est ainsi que l'Etat finance, encadre, contrôle et régule le système de santé.

Le système de santé dans son élaboration doit prendre en compte les éléments socio-culturels, économiques mais aussi l'évolution démographique afin qu'il soit en adéquation avec les réalités sociétales et les besoins de la population. Dans son fonctionnement, il a plusieurs composantes entre autres : les producteurs de soins, les financeurs, les producteurs de ressources humaines, les usagers. Chacune de ces composantes joue un rôle déterminant dans le fonctionnement et le maintien du système car en sus des attributions à lui conférer chaque composante doit pouvoir entretenir des relations étroites avec les autres afin de maintenir le système et mettre en place une gouvernance<sup>5</sup>.

Parmi ces composantes, certaines, même si elles ne sont pas plus importantes que les autres, sont plus connues par la population et cela de par leur fonction, il s'agit notamment des producteurs de soins dont le plus connu et fréquenté est bien évidemment l'hôpital. Au

---

<sup>3</sup> [www.who.int/healthsystems/about/fr](http://www.who.int/healthsystems/about/fr), (consulté le 20 septembre 2018)

<sup>4</sup> La loi n° 02-050 du 22 juillet 2002 en son article 7 garantit l'accès de toutes les personnes présentes sur le territoire national à des soins d'urgence ou à des soins de référence de qualité. Cette disposition prend en compte comme seul critère d'accès aux soins d'urgence la présence sur le territoire du Mali et cela sans aucune forme de discrimination.

<sup>5</sup> « La gouvernance d'entreprise (ou de toute autre institution) est l'ensemble des organes et règles de décision, d'information (transparence) et de surveillance permettant aux ayants droit et aux partenaires d'une institution de voir leurs intérêts respectés et leurs voix entendues dans le fonctionnement de celle-ci » A. FERNANDEZ, « Les nouveaux tableaux de bord des managers », cité par H. KAREMERE, J.B. KAHINDO, N. RIBESSE, J. MACQ in « Gouvernance des hôpitaux de référence en République démocratique du Congo : synthèse critique interprétative de la littérature ». *Médecine Santé Tropicale*, n° 23, 2013, p. 397.

Mali, l'hôpital semble parfois se substituer, pour le citoyen lambda, au système de santé en entier car c'est avec cette entité qu'il a plus de contacts soit en tant qu'usager<sup>6</sup> soit pour recevoir des soins, soit pour accompagner ou rendre visite à un proche<sup>7</sup>. Ce semblant de primauté de l'hôpital sur les autres éléments du système, affecte bien évidemment la relation entre l'hôpital et les pouvoirs publics. Dans cette relation, tous les événements mêmes les plus anodins à l'hôpital attirent l'attention, à la fois, des décideurs mais aussi de la société dans toutes ses composantes : usagers, journalistes, chercheurs et même souvent la justice.

Après l'indépendance, les hôpitaux ont été considérés comme des services rattachés à la direction nationale de la santé. De ce statut de service rattaché, les hôpitaux furent érigés en 1977 en service public<sup>8</sup>. Cependant par une autre ordonnance, adoptée en 1984 (ordonnance n° 84-12 du 5 mai 1984 portant création de services rattachés au ministère de la Santé et des Affaires sociales) il fut réattribué le statut de service rattaché<sup>9</sup> aux hôpitaux régionaux. Ce qui faisait naître deux

---

<sup>6</sup> Selon l'article 4 de la loi n° 98-12 du 19 janvier 1998 régissant les relations entre l'administration et les usagers du service au Mali, « est considéré comme usager du service public toute personne physique ou morale qui sollicite les prestations de l'Administration ».

<sup>7</sup> Cette situation est due au fait que l'hôpital a précédé le système de santé au Mali. Comme nous le verrons plus tard, c'est à travers l'hôpital que la population eut le premier contact avec la médecine moderne. Ignorant que l'activité hospitalière est soutenue par celle d'autres acteurs avec qui l'hôpital forme le système de santé, la population pense en général que la santé se résume à l'hôpital.

<sup>8</sup> « Les hôpitaux sont des services publics de l'Etat. Ils sont créés par décret pris en conseil des ministres sur rapport du ministre chargé de la santé publique » article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 77-54 / Cmln du 13 octobre 1977, portant régime des hôpitaux

<sup>9</sup> Selon les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance n° 79-9 Portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des services publics du 19 janvier 1979 « Les Services rattachés sont des Services déconcentrés de l'Etat assumant, en règle générale, des fonctions de gestion dans un secteur d'activités particulières. Ils sont dotés, en raison des exigences et de la technicité de leur mission, d'une organisation structurelle et d'un régime de fonctionnement qui leur sont propres. Ils sont



statuts pour les hôpitaux : les uns (hôpitaux nationaux) étaient créés par décret et étaient sous l'autorité du ministre de la Santé et les autres (hôpitaux régionaux) étaient sous l'autorité du directeur régional de la santé du lieu d'implantation de l'hôpital. Suite à la réforme de 1992, les hôpitaux nationaux ont acquis la personnalité morale. C'est ainsi que les quatre hôpitaux nationaux (Point G<sup>10</sup>, Gabriel Touré<sup>11</sup>, Kati<sup>12</sup> et le Centre odontostomatologie<sup>13</sup>) ont été érigés en établissement public administratif (EPA), cette catégorie d'établissement public existait déjà<sup>14</sup>. Un des objectifs visés par cette réforme était de pouvoir permettre à ces établissements d'utiliser les recettes recouvrées à la suite de leur prestation mais aussi de pouvoir recruter du personnel pour combler le déficit de ressources humaines.

Les résultats obtenus suite à cette première autonomisation ont été mitigés car les constats « négatifs » dans le fonctionnement des hôpitaux ayant motivés cette réforme persistaient et l'hôpital ne répondait ni aux besoins de la population ni à ceux du système de santé. C'est ainsi que les autorités envisagèrent en 2002, une nouvelle orientation pour l'hôpital en l'érigeant en établissement public hospitalier, une nouvelle catégorie d'établissement public créée<sup>15</sup>, doté

---

rattachés directement, selon le cas, au cabinet du Ministre, à une Direction nationale, à un Service régional ou subrégional.

<sup>10</sup> Loi n° 92-023 du 5 octobre 1992.

<sup>11</sup> Loi n° 92-024 du 5 octobre 1992.

<sup>12</sup> Loi n° 92-025 du 5 octobre 1992.

<sup>13</sup> Loi n° 92-026 du 5 octobre 1992.

<sup>14</sup> Loi n° 90-110 / AN-RM du 18 octobre 1990, portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du fonctionnement des établissements publics à caractère administratif.

<sup>15</sup> La réforme dans le secteur de la santé en 2002 devait aussi apporter des innovations dans l'organisation et le fonctionnement de l'hôpital. Ces innovations devaient être prises en charge dans une loi hospitalière. En prélude à l'adoption de la loi hospitalière, la loi n° 2002-048 du 22 juillet 2002 a été adoptée afin de créer une nouvelle catégorie d'établissement public : l'établissement public hospitalier. Cette catégorie d'établissement public comprend seulement les hôpitaux, n'était pas prévue par la loi n° 94-009 du 22 mars 1994, portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des services publics.

de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion (l'octroi d'un budget autonome) tout en mettant en place de nouveaux outils de management semblables à ceux utilisés par les entreprises privées.

L'établissement public obéit par essence à la décentralisation technique. Cette technique consiste à attribuer la personnalité morale à une organisation, à qui l'Etat transfère une attribution avec une autonomie de gestion sous sa bienveillance. De là, il convient de signaler que malgré l'évolution du statut de l'hôpital, il reste soumis au contrôle de l'Etat car d'une part, son organisation et son fonctionnement sont réglementés par l'Etat et d'autre part, les gestionnaires bien que disposant d'une autonomie fonctionnelle sont liés à l'autorité de tutelle tant dans leur nomination que dans l'approbation de certains documents de gestion.

Soumis au préalable à une hiérarchie classique (bien avant l'octroi de la personnalité morale), la réforme de 2002 a permis à l'Etat de mettre en place de nouveaux mécanismes de contrôle de l'hôpital. Ces nouveaux outils de contrôle sont généralement utilisés dans le cadre de la planification hospitalière. Cependant, l'opérationnalisation de ces mécanismes de contrôle a révélé certaines insuffisances, tant dans l'appropriation du concept « de tutelle » par les différents acteurs (autorités de tutelle, acteurs hospitaliers) que dans la conduite de la relation entre ceux-ci (contrôleur-contrôlé). Ce qui impacte négativement le bon fonctionnement de l'hôpital public entravant aussi la réalisation des missions assignées à cette organisation.

Cependant, il y a lieu de noter que bien qu'un contrôle soit exercé par l'Etat sur les établissements de santé privé, ce contrôle ne fera pas l'objet de développement dans ce travail, car la nature de la relation qui lie l'Etat et les établissements privés de santé ainsi que les outils de contrôle diffèrent de ceux des établissements publics. Le but de cet exercice est d'une part, de présenter le mécanisme de contrôle mis en place par l'Etat sur l'hôpital public (I) et d'autre part, d'analyser l'opérationnalisation de ce contrôle (II).

## **I. Les mécanismes de contrôle de l'Etat sur l'établissement public hospitalier**

L'établissement public hospitalier au Mali est considéré comme un organisme personnalisé. Les organismes personnalisés sont des services dont la gestion a été confiée par l'autorité publique à une personne morale distincte placée sous sa tutelle et dotée de l'autonomie financière<sup>16</sup>. Répondant parfaitement à ce critère, l'établissement hospitalier est une structure sous tutelle de l'autorité centrale (A) et soumis à d'autres mécanismes de contrôle (B).

### **A. L'établissement public hospitalier, une structure sous tutelle**

L'établissement public créé dans le cadre d'une décentralisation technique n'est pas une entité administrative indépendante. Il exerce son activité sous le contrôle de l'Etat. Ce contrôle est qualifié de contrôle administratif ou de tutelle. Le contrôle de tutelle est consacré *de facto* par la technique de décentralisation, qu'il s'agisse de la décentralisation territoriale ou technique. Il a pour but de contrôler l'activité de la personne morale créée, par les agents de l'Etat, afin de juger d'une part, de la légalité des actes de la personne autonome et d'autre part, et dans une certaine mesure de l'opportunité des agissements de la structure décentralisée.

Cependant, il est opportun de faire une différence entre le pouvoir de tutelle et le pouvoir hiérarchique. Cette distinction, certes délicate, est importante selon Jean Rivero *car c'est elle qui définit un régime de décentralisation par rapport à un régime de déconcentration*<sup>17</sup>. Le pouvoir hiérarchique s'exerce au sein d'une seule personne morale entre une autorité « supérieure » et une autorité « inférieure ». Dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir hiérarchique, qui est un pouvoir inconditionné, l'autorité supérieure procède à la nomination des autorités inférieures et dispose à cet égard du pouvoir de les démettre.

---

<sup>16</sup> Article 43 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.

<sup>17</sup> Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit Administratif*, PUF, 1984, p. 853.

Aussi, le contrôle sur les actes des autorités inférieures peut-il aboutir soit à leur approbation, à leur reformulation, soit à leur annulation.

Quant au pouvoir de tutelle, il s'exerce entre deux personnes morales, en général l'Etat et une autre personne morale créé par l'Etat, et met en relation un contrôleur (autorité de contrôle) et des contrôlés (les organes de la personne publique sous contrôle)<sup>18</sup>. Le pouvoir de tutelle peut s'exercer, soit sur les organes, soit sur les actes des organes. Sur les organes, l'autorité de contrôle a un pouvoir de nomination, de révocation et dans certains cas de substitution. Et sur les actes des organes, elle a un pouvoir d'approbation, d'annulation, et de saisine du juge administratif.

De là, nous comprenons aisément que l'Etat, en acceptant la création de personnes morales différentes de lui afin de s'occuper d'activités spécifiques (comme la fourniture de soins spécialisés dans le cas d'espèce), s'impose un contrôle des activités de ces dernières. Ce mécanisme permet d'une part de contrôler la légalité des actes et d'autre part, de veiller à la cohérence entre les mesures d'ordre général dont il assure la gestion et les mesures spécifiques dont la gestion revient aux personnes morales dans le but de satisfaire l'intérêt général.

A l'érection de l'hôpital au Mali en établissement public, le contrôle de tutelle faisant partie des garanties d'une bonne administration, a été institué et confié au ministre chargé de la santé avec une possibilité de délégation de cette compétence au représentant de l'Etat (gouverneur) à Bamako ou dans la région d'implantation de l'hôpital<sup>19</sup>. Toutes les compétences qu'une autorité de tutelle peut disposer sur une structure décentralisée lui ont été octroyées. Qu'il s'agisse du contrôle sur les organes comme celui sur les actes<sup>20</sup>.

Cette nouvelle relation de tutelle, devait dans son application atténuer l'exercice de la relation hiérarchique qui caractérisait les rapports entre l'Etat et l'hôpital en tant que service rattaché au

---

<sup>18</sup> Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *op. cit.*, p. 854.

<sup>19</sup> Article 99 de la loi hospitalière, *op. cit.*

<sup>20</sup> Article 100 et s. de la loi hospitalière, *op. cit.*

ministère de la santé. Ceci obligeait une revisite des liens entre les parties car les caractéristiques de cette relation sont très différentes ainsi que leur modalité de mise en œuvre. Dans cette relation de tutelle, l'Etat à travers le ministre chargé de la santé, malgré l'autonomie de gestion accordée à l'EPH, dispose d'un véritable pouvoir sur les organes de gestion de l'hôpital (conseil d'administration et direction), mais aussi sur les actes édictés par ces organes.

La tutelle n'est cependant pas le seul mécanisme de contrôle que l'Etat exerce sur l'établissement public hospitalier. D'autres moyens de contrôle sont mis en place par l'Etat. Certains contrôles se font à priori et d'autres à posteriori dans le cadre de la gestion hospitalière. *A priori*, le contrôle se manifeste par une vérification de la procédure d'acquisition des biens et services dans le cadre du fonctionnement de l'EPH<sup>21</sup> et de la vérification de la disponibilité ainsi que la sincérité des dépenses à engager<sup>22</sup>. *A posteriori*, le contrôle a pour objet, soit la vérification de l'utilisation de la subvention que l'Etat accorde à l'EPH dans le cadre de l'exécution de la mission de service public de santé (vérification financière), soit la vérification de sa performance dans le cadre des missions à lui assigner (vérification de performance).

---

<sup>21</sup> L'hôpital dans sa procédure d'acquisition de biens et services est soumis à la réglementation des marchés publics. Ainsi, le décret n° 2015-604/P-RM du 25 septembre 2015, modifié, portant Code des marchés publics et des délégations de service public en son article 4 dispose que : « Les dispositions du présent décret s'appliquent aux marchés publics et délégations de service public conclus par l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les agences et organismes, bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation financière publique majoritaire et les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ».

<sup>22</sup> Au près de chaque établissement public hospitalier, est placé un délégué du contrôle financier. Le délégué est désigné par un arrêté du ministre de l'Economie et des Finances sur proposition du directeur national du contrôle financier. Il a pour mission de contrôler *a priori* la faisabilité financière de l'opération envisagée : respect de la réglementation pour l'acquisition des biens et services, respect des procédures des finances publiques, mais aussi de la disponibilité financière pour supporter l'opération.

Ces contrôles sont exercés d'une part, par les services de contrôle et de vérification du ministère de la Santé (inspection de la santé, Agence nationale d'évaluation des hôpitaux) et d'autre part, par les services externes au ministère de la Santé (direction générale des marchés publics, le bureau du contrôle financier de l'hôpital, le contrôle général des services publics, le bureau du vérificateur général, la section des comptes de la Cour suprême). L'intervention de ces différents acteurs du contrôle à l'hôpital est encadrée par des dispositifs législatifs et réglementaires qui régissent le fonctionnement de ces entités et sont d'ordre général. Cependant d'autres mécanismes ont été mis en place pour compléter le dispositif textuel.

#### ***B. Des mécanismes complémentaires concourant au contrôle de l'établissement public hospitalier***

Dans la mouvance de la réforme de 2002, l'environnement hospitalier a connu certaines évolutions. Evolution au fil duquel, un des objectifs était de parvenir à une meilleure répartition de l'offre de soins hospitaliers à travers la mise en place d'une carte nationale hospitalière. La production des soins quant à elle, devait obéir à une logique de planification dans le cadre d'un projet d'établissement, financé à travers un contrat de performance même si certaines interventions sont soumises à une autorisation préalable de la tutelle. Ces activités sont pilotées par leur planification, réalisation, suivi et évaluation par le conseil d'administration<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Pouvant être considéré comme un outil de contrôle de la direction de l'hôpital, le conseil d'administration est l'organe duquel la direction tire la légitimité de ses interventions. Institué par l'article 56 de la loi hospitalière comme organe de gestion de l'hôpital, les attributions de cet organe sont définies par l'article 57 en ces termes : « Le conseil d'administration définit la politique générale de l'établissement public hospitalier... ». Dans le cadre de la définition de la politique générale de l'EPH, elle délibère sur toutes les questions importantes de l'activité hospitalière notamment : le projet d'établissement ; les programmes d'investissement relatifs aux travaux et équipements en matériels lourds ; les tarifs ; le budget ; la création de postes et les emplois ; les conventions devant être passées par l'établissement ; le rapport d'activités ; le rapport de gestion ; le rapport social ; les comptes et

L'unification du statut juridique des hôpitaux (ils ont tous érigés en EPH) ne suffisait à déterminer leurs modalités d'intégration dans le système de santé. C'est ainsi qu'après le statut, un premier outil de planification pour l'Etat et d'intégration pour les EPH a été institué. Il s'agit de la carte nationale hospitalière (CNH). La carte nationale hospitalière, sous-ensemble de la carte sanitaire nationale<sup>24</sup> est fixé par le décret n° 2016-470/P-RM du 28 juin 2016. La carte nationale hospitalière détermine les critères applicables à la fois aux établissements hospitaliers publics et privés. Elle détermine les critères de classification des établissements publics hospitaliers en 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> catégories. Elle fixe les normes applicables à ces établissements dans les domaines de l'organisation, des infrastructures, de la logistique, du personnel, des équipements, des soins et examens médicaux conformément aux dispositions de l'article 2 du décret de 2016<sup>25</sup>. Elle détermine enfin, les zones de couverture administrative des établissements publics hospitaliers de 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> références.

L'institutionnalisation d'une carte nationale hospitalière, permet aux autorités sanitaires de pouvoir contrôler la création des établissements hospitaliers, mais aussi leur évolution et cela en

---

l'affectation des résultats d'exploitation ; les créations, suppressions et transformations des structures médicales, pharmaceutiques ou odontologiques et des autres services ; les actions de coopération inter-hospitalière nationale ou internationale ; les modalités de la politique d'intéressement ; le tableau des emplois permanents ; les acquisitions, aliénations, échanges et affectations d'immeubles et les clauses des baux ; les emprunts ; le règlement intérieur ; l'acceptation et le refus des dons et legs ; les actions judiciaires; les hommages publics.

<sup>24</sup> Article 33 de la loi hospitalière, *op. cit.*

<sup>25</sup> La carte nationale hospitalière comporte les exigences liées : à l'organisation ; aux infrastructures ; aux installations dans les établissements hospitaliers ; à la logistique dans les établissements hospitaliers ; aux équipements et consommables ; aux ressources humaines par niveau de référence ; aux soins et prestations de service par niveau de référence ; aux examens biomédicaux par niveau de référence ; aux examens d'imagerie médicale par niveau de référence ; aux examens d'exploration fonctionnelle par niveau de référence ; aux équipements lourds à acquérir sur autorisation de la tutelle ; aux établissements de santé privés (article 2 du décret n° 2016-470/P-RM du 28 juin 2010).

fonction des besoins sanitaires des populations mais aussi de pouvoir déterminer les critères d'évaluation des EPH selon les référentiels mis en place par la carte nationale hospitalière. Aussi, elle (la carte nationale hospitalière) permet d'apprécier les demandes d'installation des établissements privés afin de ne pas empiéter sur le fonctionnement des structures publiques dans leur zone de couverture.

L'opérationnalisation des critères prévus par la carte nationale hospitalière est planifiée à travers le projet d'établissement. Outil de planification par essence dans les EPH, le projet d'établissement est institué par l'article 42 de la loi hospitalière, le projet d'établissement *définit les objectifs de l'établissement dans le domaine médical, des soins infirmiers et obstétricaux, de l'accueil des malades et de leur famille, de la politique sociale, de la gestion, du système d'information, de l'hygiène et de la sécurité, de la formation et de la recherche*. Son élaboration et sa soumission à l'approbation du ministre chargé de la Santé sont obligatoires pour tous les établissements publics hospitaliers et tous les établissements privés participant au service public hospitalier (article 41 de la loi hospitalière). Elaboré pour une durée de cinq ans, le projet d'établissement répertorie toutes les actions à mener sur la période de validité dans les domaines des activités médicales, l'organisation des soins ainsi que la gestion. Il est élaboré suivant un processus participatif à savoir une élaboration d'abord des projets de service dans les différents domaines médicaux, soins infirmiers et de gestion et une compilation de l'ensemble des projets de service pour en faire le projet de l'établissement. Le projet d'établissement comporte l'ensemble des activités à mener mais aussi les moyens à rendre disponible pour l'atteinte des objectifs fixés. Adopté par le conseil d'administration, le projet d'établissement est approuvé par le ministre chargé de la santé. Cette approbation du ministre est assimilable à un contrôle à la fois de légalité et d'opportunité car il permet très souvent d'évaluer la compatibilité du projet d'établissement et le plan national de développement sanitaire et social (article 43 de la loi hospitalière) mais aussi de pouvoir mesurer



le niveau des engagements financiers à prendre pour réaliser les activités prévues.

L'approbation du projet d'établissement ne constitue pas une autorisation acquise en soi pour la réalisation par l'EPH de toutes les activités planifiées, la réalisation de certaines activités étant soumise à une autorisation expresse du ministre chargé de la santé<sup>26</sup>. L'autorisation est un acte juridique qui crée des droits pour l'établissement. En effet pour permettre une cohérence de fonctionnement entre l'EPH et le reste du système de santé mais aussi de rationaliser les dépenses de santé, certaines activités soit de par leur technicité ou en raison de leur coût de réalisation doivent être soumises à une autorisation préalable du ministre de la Santé<sup>27</sup>.

La mise en œuvre de la tutelle ainsi que l'utilisation des autres mécanismes de contrôle sus évoqués se fait sous la responsabilité du conseil d'administration, qui constitue une véritable émanation de l'autorité de tutelle dans sa composition et un relai pour l'autorité de tutelle dans son fonctionnement. Le conseil d'administration est évoqué aux articles 56 et suivants de la loi hospitalière. Il est l'organe délibérant de l'EPH. A ce titre, il délibère sur toutes les questions importantes relatives à l'organisation, au fonctionnement, aux finances, à la planification, aux emplois à la coopération de l'EPH. Constitué de membres élus pour une durée de cinq ans avec voix consultative et délibérative, le conseil d'administration se réunit en session ordinaire une fois par semestre. Doté d'un véritable pouvoir théorique, il dispose de tous les leviers lui permettant d'orienter suffisamment le fonctionnement de l'EPH. Quant à la modalité de désignation de ses membres fait d'eux de « véritables émissaires » du

---

<sup>26</sup> Article 37 de la loi hospitalière.

<sup>27</sup> Les projets soumis à l'autorisation du ministre chargé de la Santé sont : (i) la création, l'extension, la reconversion totale ou partielle, de tout établissement hospitalier public ou privé, ainsi qu'au regroupement de tels établissements ; (ii) la mise en place des équipements et matériels lourds, dont la liste et les caractéristiques sont précisées par arrêté du ministre chargé de la santé ; (iii) la réalisation de certaines activités de soins de haute technicité ou particulièrement coûteuses, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé.

ministre de la Santé afin de porter sa vision dans la gestion de l'EPH. Le dispositif de contrôle mis en place dans le but d'appuyer l'EPH dans la réalisation de sa mission de service public, est dans la pratique devenu une véritable contrainte empiétant les principes d'une autonomie de gestion.

## **II. Le contrôle de l'Etat, une contrainte à l'autonomie hospitalière**

La réforme hospitalière de 2002 avait pour objectif d'accorder une large autonomie de gestion aux établissements publics hospitaliers, cependant l'exercice de la tutelle ainsi que l'opérationnalisation des autres mécanismes de contrôle ont constitué un coup de frein à cette dynamique. Après avoir décrit les insuffisances dans la pratique du contrôle sur l'EPH (A) des propositions d'améliorations seront faites (B) pour permettre à l'EPH de jouir pleinement de l'autonomie à lui accordé par la loi.

### ***A. Une autonomie fortement empiétée par l'autorité de tutelle***

Le contrôle prévu par l'article 99 de la loi hospitalière dans le cadre de l'exercice du pouvoir de tutelle s'exerce par voie de contrôle de la légalité des actes et leur approbation, de la détermination des objectifs à atteindre dans le cadre des missions assignées à l'EPH et enfin de la substitution à l'EPH. Cependant dans la pratique, ce contrôle s'est mué à un véritable pouvoir hiérarchique entre le ministre de la Santé et les directeurs des hôpitaux, transformant ainsi l'organe décentralisé (l'hôpital) en un service déconcentré.

Ainsi, l'autonomie, à la fois administrative et financière résultant de la création de l'établissement public hospitalier, a connu des empiètements pratiques. Par empiètements pratiques, il faut comprendre les agissements de la tutelle qui, au-delà des domaines de compétences à elle octroyés, entraînent une immixtion continue de la tutelle dans la gestion quotidienne et même dans la planification à court terme de l'hôpital. Cette situation se rencontre d'abord dans la nomination des membres du conseil d'administration, dans la nomination et l'aiguillage du directeur de l'hôpital, ensuite dans la

gestion des ressources financières et humaines, et enfin dans l'acquisition de certains équipements. Ce qui peut être considéré, nous le verrons bientôt, comme une amputation de l'autonomie et une désorientation des principes juridiques régissant les rapports entre la tutelle et l'EPH.

*-En ce qui concerne la nomination des membres du conseil d'administration*

La procédure de nomination des membres du conseil d'administration ne présage en réalité pas une autonomie vis-à-vis de l'autorité de nomination qu'est le ministre chargé de la santé. Les membres du conseil d'administration sont nommés par décret pris en conseil des ministres pour une durée de trois ans, mais sur proposition du ministre chargé de la santé<sup>28</sup>. A part, les représentants des corporations et collectivités qui échappent au contrôle du ministre, tous les autres membres du conseil d'administration doivent leur nomination à l'autorité de tutelle (le ministre). A titre d'illustration, pour la désignation des représentants des usagers et des personnalités qualifiées désignées au sein de la société civile<sup>29</sup>, aucun critère de choix n'étant établi, ceux-ci sont, dans la pratique, choisis selon la volonté du ministre de la Santé. Aussi, au titre des représentants des professionnels de santé non hospitaliers, sur quatre représentants, trois sont des proches collaborateurs du ministre chargé de la santé à savoir deux conseillers techniques et le directeur général de la santé national de la santé. Ainsi, nommé sur proposition du ministre chargé de la santé, le conseil peut être aussi dissout par décret pris en conseil des ministres pour des motifs dont l'appréciation revient au ministre de la Santé<sup>30</sup>. De là, il est aisé de

---

<sup>28</sup> Article 60 de la loi n° 2002-050 du 22 juillet 2002.

<sup>29</sup> Article 5 nouveau du décret n° 06-186 P-RM du 26 avril 2006 modifiant le décret n° 03-333/P-RM du 7 août 2003 fixant l'organisation et les modalités du fonctionnement de l'hôpital du Point G.

<sup>30</sup> L'article 63 de la loi hospitalière évoque la grave irrégularité et la carence manifeste comme causes de dissolution du conseil. Le contenu et les manifestations de l'irrégularité et de la carence n'étant pas précisés, ceux-ci peuvent donner l'opportunité, dans certains cas à des excès.

comprendre que les membres du conseil d'administration désignés dans de telles conditions et suivant une procédure pilotée par le ministre de la Santé, ne peuvent que mettre en œuvre la vision de ce dernier et il est très rare de voir un conseil d'administration partir à l'encontre des orientations du ministre même si certaines de ses prérogatives sont entorsées.

*-Des relations avec le directoire hospitalier*

Selon les dispositions de l'article 68 de la loi hospitalière, le directeur général est nommé par décret pris en conseil des ministres sur proposition du ministre chargé de la santé après avis du conseil d'administration de l'hôpital. Il assure en principe, la gestion et la conduite de l'établissement. Le directeur est assisté d'un directeur général adjoint qui est nommé par arrêté du ministre chargé de la santé sur proposition du directeur général<sup>31</sup>. Dans la pratique, ces dispositions n'ont jamais fait l'objet d'un minimum d'observation. Les directeurs ont toujours été nommés sans pour autant requérir l'avis du conseil d'administration et cette dernière ne s'est jamais plainte eu égard à sa composition sus-évoquée. Cette situation a créé une instabilité dans la gestion des hôpitaux. A titre d'illustration, un hôpital de troisième référence (hôpital du Point G) a vu se succéder de 2012 à 2018 quatre directeurs généraux, tandis qu'un autre établissement de troisième référence (hôpital de Kati) était géré par un intérimaire pendant plus d'une année (entre 2017 et 2018).

Quant à la nomination au poste de directeur général adjoint, elle fait rarement l'objet de proposition par le directeur général. Le directeur général adjoint est dans la plupart des « imposé » par le ministre chargé de la santé. Cette situation rend très souvent la collaboration difficile, l'adjoint pensant tirer sa légitimité dans sa nomination par le ministre se sent redevable envers ce dernier. Ceci entraîne un foisonnement des rôles des deux acteurs du directoire.

---

<sup>31</sup> Article 70 de la loi hospitalière.

*-De la gestion des ressources humaines mis à la disposition du directeur de l'hôpital*

Une des grandes difficultés auxquelles l'EPH est confronté dans le contexte est celle relative à la gestion des ressources humaines hospitalières. L'article 85 de la loi hospitalière définit les différentes catégories d'agents hospitaliers. Cependant, le point commun entre elles, est qu'elles sont toutes mises à la disposition du directeur général. Cela sous-entend qu'aucun agent ne peut être affecté à l'hôpital sans un avis favorable du directeur. Aussi, la gestion de la carrière de ces agents ainsi que la fin de leur activité à l'hôpital (affectation en particulier) doivent être assujetties à l'avis du directeur de l'hôpital. Dans la pratique, le directeur de l'hôpital n'est pas consulté pour l'affectation du personnel à l'hôpital. Après le recrutement dans la fonction publique (les fonctionnaires constituant le plus grand nombre d'agents de l'hôpital), le ministre de la Santé sur proposition du directeur des ressources humaines procède à l'affectation du personnel à l'hôpital. Une catégorie pose plus de problème dans leur gestion, il s'agit du personnel enseignant exerçant leur art à l'hôpital. Pour l'exercice de la pratique médicale des enseignants de la Faculté de médecine dans les hôpitaux, il est prévu, selon les dispositions de la loi hospitalière<sup>32</sup> ainsi que du décret<sup>33</sup> fixant les modalités de mise en œuvre de la convention hospitalo-universitaire, que les enseignants, pour exercer à l'hôpital doivent signer un contrat de bi-appartenance avec le directeur général de l'hôpital. Nonobstant leur qualité de fonctionnaire de l'enseignement supérieur ainsi que les dispositions qui cadrent leur intervention à l'hôpital, le ministre de la Santé en ignorant tous ces textes continue encore à affecter cette catégorie d'agents qui d'ailleurs continue à poser de véritables difficultés de gestion quant à leur disponibilité et leur rémunération aux gestionnaires. Il en est de même par rapport à l'accueil et à la gestion des étudiants en médecine dans les hôpitaux<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Article 84 de la loi hospitalière.

<sup>33</sup> Décret n° 2003-0346/P-RM du 7 août 2003.

<sup>34</sup> En 2006, un soulèvement des étudiants hospitaliers a eu lieu. Ces étudiants réclamaient une prime auprès des hôpitaux dans lesquels ils étaient admis en

*-L'acquisition des équipements par l'hôpital*

L'autonomie budgétaire accordée à l'hôpital lui permet d'élaborer un budget annuel qui est la mise en œuvre annuelle du projet d'établissement. Ce budget est constitué des recettes et des dépenses de l'hôpital durant l'exercice visé. L'hôpital pour assurer une qualité des soins, est tenu d'acquérir des équipements afin de renouveler ou d'améliorer le plateau technique. Ces équipements en général sont acquis à des coûts élevés. L'acquisition des équipements doit se faire selon le plan de développement des activités de l'hôpital. Cependant, dans le contextuel actuel de l'hôpital au Mali, les ressources financières étant en général à la disposition de la tutelle ou pour d'autres considérations qui ont souvent des difficultés à respecter une logique de gestion, le Ministère intervient pour équiper les hôpitaux. C'est ainsi qu'il n'est pas rare de voir le département de la santé acquérir des équipements pour les mettre à la disposition d'un hôpital alors qu'aucun mécanisme de suivi de la fonctionnalité de cet équipement n'a été mis en place<sup>35</sup>. Au regard des développements

---

stage universitaire. Dans la gestion de cette revendication qui devait naturellement revenir aux directeurs d'hôpitaux car c'est sur les ressources propres des hôpitaux que cette dépense devaient être prise en charge, le ministre de la Santé de l'époque a convoqué nuitamment les directeurs des hôpitaux en leur intimant soit de signer un protocole qui les engageait à payer à tous les étudiants une prime mensuelle de 15 000 FCFA ou de rendre leur démission pour ceux qui ne sont pas capables de trouver le financement pour payer les étudiants. Tous les directeurs se sont pliés. Cependant, beaucoup de difficultés ayant été constatées dans le paiement de ces primes car les ressources financières étant insuffisantes, le ministre de la Santé a instruit de nouveau le paiement de ces primes sur une des lignes budgétaires de la subvention que l'Etat accorde aux hôpitaux. Le gel de cette ligne budgétaire a provoqué un mouvement d'arrêt de travail de ces étudiants (externes) à l'hôpital du Point G au mois d'octobre 2020 pour réclamer des arriérés de plus de dix mois.

<sup>35</sup> Pour illustration, en 2011, un hôpital de troisième référence de la place sur instruction du ministre de la Santé a enclenché une procédure d'acquisition d'un appareil d'imagerie à résonance magnétique (IRM). Au moment où les autres examens d'imagerie connaissaient des difficultés de réalisation pour manque de personnel qualifié on venait en ajouter avec l'acquisition de

précédents, s'impose l'impératif de revisite de la relation de tutelle entre la tutelle et les établissements publics hospitaliers dans sa mise en œuvre afin de mieux renforcer leur autonomie de gestion.

***B. La revisite de l'exercice de la tutelle, gage d'une réelle autonomie hospitalière***

Le pouvoir de tutelle pouvant être défini comme l'ensemble des prérogatives que la loi donne à une autorité supérieure sur les agents décentralisés et leurs actes afin de juger d'une part, de leur légalité et d'autre part, de protéger l'intérêt est inhérent au mode de gestion décentralisé. Il ne saurait être question de sa suppression ; cependant sa mise en œuvre erronée peut entraver lourdement l'épanouissement de l'entité décentralisée. C'est ainsi qu'après plusieurs années de mise en œuvre de la loi hospitalière qui a institué ce mécanisme, il est opportun de procéder à une application conforme aux dispositions textuelles voire un allègement de la tutelle.

La situation actuelle de l'exercice de la tutelle à l'hôpital nécessite son allègement mais aussi et l'implémentation d'une relation d'agence. Pour ce qui est de l'allègement de la tutelle, dans le cadre de la nouvelle gouvernance que nous pensons nécessaire à l'hôpital, la relation de la tutelle, comme indiquée dans le cadre de la gestion décentralisée, doit se mettre progressivement en place au détriment de la relation actuelle qui en réalité est une relation hiérarchique. Dans ce contexte, le rôle de la tutelle (ministère de la santé) doit être d'élaborer les normes de portée générale pour l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble des hôpitaux en tenant compte de la spécificité de chaque structure et des normes spécifiques qui tiennent

---

l'IRM. Aucune disposition en amont pour le bon déroulement de cette procédure n'ayant été prise car l'acquisition était une initiative du ministère de la santé et n'entrait pas dans la programmation de l'hôpital à cette période. Cet appareil a pu effectuer ses premiers essais en mars 2016 après de nombreuses tracasseries mais surtout des dépenses colossales mais n'a cependant plus fonctionné. Cependant, les frais dépensés dans ce projet pouvaient permettre de mieux améliorer le plateau technique avec des équipements dont le besoin était plus pressant.

compte de la particularité de l'activité hospitalière. Aussi, la tutelle s'évertuera-t-elle à la réunion des conditions favorables permettant à l'hôpital de pouvoir mieux accomplir ses missions dans un contexte de perpétuelle évolution. A cet effet, elle veillera à la conformité des objectifs stratégiques élaborés pour l'hôpital aux objectifs nationaux de santé dont il a la responsabilité et une plus grande flexibilité sera accordée à l'hôpital pour l'atteinte de ces objectifs. Le rôle de la tutelle ne se limitera pas seulement au contrôle de l'atteinte des objectifs, elle fournira aussi les moyens nécessaires à l'hôpital pour cette fin. Son intervention dans la gestion hospitalière n'aura lieu que dans le strict respect du principe de subsidiarité<sup>36</sup>.

Cette situation se traduira également par une plus grande autonomie<sup>37</sup> des organes propres de l'hôpital notamment l'organe délibérant, le conseil d'administration, vis-à-vis de la tutelle. Cet organe aura pour tâches, à partir des orientations stratégiques données par la tutelle, de mettre en place une organisation mais aussi d'assurer un contrôle sur le fonctionnement de l'hôpital en vue d'atteindre les objectifs fixés à lui<sup>38</sup>. En somme, le rôle actuellement joué par la tutelle, qui est de droit celui du CA, reviendra au conseil afin de rendre l'hôpital autonome du pouvoir politique dans sa gestion quotidienne même si on sait que la gestion stratégique peut se démarquer difficilement de la vision politique. De là, s'établira un équilibre des pouvoirs entre la tutelle et l'établissement. Le dernier

---

<sup>36</sup> La prise en charge d'un besoin de service public par l'autorité la plus proche des bénéficiaires. Ainsi l'autorité supérieure ne pourra intervenir qu'en cas d'incapacité de l'autorité inférieure à satisfaire le besoin ou à prendre en charge la question soulevée.

<sup>37</sup> Dans le contexte actuel au Mali, nous avons jugé cohérent qu'il sera opportun de renforcer l'autonomie accordée aux hôpitaux. Les nouveaux systèmes de management n'ayant pas pu s'adapter aux réalités hospitalières car la logique de vouloir transposer les outils de gestion du secteur privé dans le secteur public sera sans doute confrontée à quelques difficultés notamment la différence de but des deux organisations mais aussi les intérêts des parties prenantes.

<sup>38</sup> Pour que cela soit, il sera nécessaire de procéder à une relecture des textes notamment la loi hospitalière en ce qui concerne l'exercice de la tutelle à savoir les articles 102, 103 et 104 de la loi hospitalière de 2002.



aura la latitude de ne pas différer aux injonctions de la tutelle si celles-ci sont contraires ou entravent la mise en œuvre de certaines mesures internes prises par l'hôpital (délibérations du CA, décision du directeur) dans le cadre de sa gestion tout en respectant la légalité.

Les organes de gestion bénéficieront d'une large autonomie les empêchant en principe de faire recours chaque fois à la tutelle pour demander « la conduite à tenir ». Une telle autonomie ne pourra être compatible avec l'obligation actuelle d'approbation de toutes les délibérations du CA par la tutelle qui constitue à notre avis un second niveau de décision se substituant dans la plupart des cas aux délibérations du conseil. A cet effet, l'approbation bien qu'étant un élément constitutif de la tutelle, ne devait plus être une entrave au fonctionnement de l'hôpital car l'appréciation de l'opportunité des actes du conseil par la tutelle sera révoquée et laissera place à un contrôle de légalité<sup>39</sup>. Par ailleurs, l'allègement de la tutelle impactera la relation ministre de la Santé-directeur d'hôpital. Contrairement à la pratique actuelle, le directeur d'hôpital, aura plus de contact avec son CA dans la gestion courante en lieu et place du ministre chargé de la santé qui, actuellement, procède à un "télé management" de l'hôpital. Ainsi, le pouvoir de reformulation, d'annulation des décisions prises par le directeur de l'hôpital ne pourra être exercé que dans le cadre du contrôle de légalité ou du vice de procédure car ces décisions seront soumises à l'avis préalable du conseil d'administration afin d'éviter les éventuelles dérives de gestion.

Quant à l'autonomie financière, son effectivité sera gage de la réussite de tout le processus de renforcement de l'autonomie

---

<sup>39</sup> La tutelle n'est pas proche de la gestion quotidienne et ignore certains aspects et pratiques en cours à l'hôpital. Ainsi, il ne sera pas opportun pour la tutelle de s'opposer à certaines délibérations comme tel est le cas actuellement. Dans un hôpital de troisième référence, en 2008, lorsque le CA délibéra pour une augmentation du tarif des consultations et cela faisant suite à une étude de coût et compte tenu de l'évolution des charges, la tutelle s'opposa à cette mesure et contraignait la direction à maintenir son ancien tarif. Cependant avec l'avènement de l'assurance maladie, les tarifs augmentèrent dans tous les hôpitaux sans étude préalable et sans délibération du conseil d'administration.

organique mais aussi de la régulation de la relation tutelle et organe décentralisé. En effet, la gestion budgétaire actuelle ne reflète aucunement les efforts consentis par l'hôpital et en plus ne constitue pas une source de motivation pour l'innovation. Aucune notion de performance liée à la qualité de soins ou au taux de mobilisation des ressources propres n'impactent la dotation budgétaire de l'hôpital.

Renforcer l'autonomie financière de l'hôpital revient à mieux responsabiliser le conseil d'administration dans la programmation des activités sources de recettes en lui permettant de fixer des tarifs appropriés mais aussi de moraliser les dépenses hospitalières par l'institutionnalisation d'une consultation obligatoire préalable sur les dépenses atteignant un certain seuil avant la prise de décision par le directeur. Ainsi, les subventions octroyées à l'hôpital doivent l'être sur la base des prestations de l'hôpital mais aussi de la capacité de mobilisation des prévisions de recettes issues de l'activité hospitalière. L'autonomie financière suppose également, la capacité pour l'hôpital à ne pas se plier à des charges (souvent illégales) imposées par la tutelle<sup>40</sup> ou à des initiatives du ministère des Finances et de la Santé à faire loger certaines lignes budgétaires à la direction des finances et du matériel<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Sans aucun fondement juridique, la tutelle a imposé aux directeurs d'hôpitaux, le paiement d'une prime de présence à tous les étudiants hospitaliers pour un montant de cinq cents francs CFA par jour soit un forfait de quinze mille FCFA par mois. Ce paiement est effectué dans tous les hôpitaux et aucun critère de sélection n'a pu être dégagé à cet effet.

<sup>41</sup> La gestion actuelle des lignes budgétaires relatives à la césarienne et aux fluides médicaux en est la parfaite illustration. Pour ce qui est de la césarienne, les disponibilités financières sont au niveau de la DFM et chaque hôpital en fonction des prestations faites envoie une facture à la DFM pour demander le remboursement. Ce qui constitue en notre avis une véritable entorse à l'autonomie financière. En ce qui concerne la gestion de la subvention des fluides médicaux, la DFM choisit le fournisseur et ce dernier livre à l'hôpital sans que l'hôpital n'ait son mot à dire sur les questions de disponibilité, de qualité ou autres. C'est pourquoi, il n'est pas rare de constater des ruptures de gaz entraînant la perturbation des programmes opératoires.

Enfin l'autonomie suppose une réelle mise à disposition de l'hôpital par le virement dans un compte bancaire ouvert au nom de l'hôpital de la totalité des ressources financières notifiées afin d'éviter les coupes budgétaires non prévues et sortir des longues procédures de paiement au niveau du trésor National tout en instituant un contrôle post-gestion. Pour mieux marquer ce renforcement de l'autonomie, l'hôpital doit s'inscrire dans une relation d'agence avec la tutelle. Selon Jensen et Meckling (1976), « l'existence d'une relation d'agence suppose qu'une personne (le principal appelé également le mandant) requiert les services d'un agent (mandataire) pour exécuter en son nom une tâche, ce qui entraîne une certaine délégation de pouvoir ».

Le choix de l'option d'agence s'explique par les limites connues par la gestion actuelle notamment les difficultés relatives à la détermination des rôles mais aussi du cadre d'intervention des parties prenantes de l'hôpital. S'agissant de cette relation, principal et agent, l'Etat doit être un acquéreur des soins de santé. Dans le cadre de l'accès aux soins de santé de l'ensemble de la population, l'Etat aura pour rôle majeur de mettre à la disposition de l'hôpital, producteur de soins, les moyens. Ainsi, la relation sera organisée de sorte que les actions entreprises pour permettre l'accessibilité aux soins seront de la responsabilité de l'hôpital et l'Etat aura un rôle de contrôle de l'atteinte des objectifs suite à l'octroi des moyens. Il pourra au moment opportun proposer des ajustements qui seront par la suite intégrés par l'agent afin de cohérer ses actions (celles de l'agent) avec la politique générale.

Les dispositions de la loi hospitalière notamment l'article 91 en son dernier alinéa, précisent que les moyens fournis par l'Etat doivent l'être en vertu d'un contrat conclu entre l'Etat et l'hôpital. Ces moyens, loin d'une dotation globale, doivent être affectés en fonction des réalisations, de la prospective de l'hôpital mais aussi de l'exécution des différentes missions à lui assignées par le principal.

L'allègement de la tutelle, loin d'une mise à l'écart de l'autorité de tutelle, ce qui d'ailleurs n'est pas possible, consistera tout simplement à procéder à une application des dispositions prévues tout en évitant

les déviations actuellement en cours. Ces déviations créent un nouveau cadre de gestion qui arrive difficilement à s'appliquer à l'hôpital. En effet, les textes ainsi que les outils élaborés l'ont été sur la base d'une décentralisation technique. Dans la pratique on assiste soit à une centralisation ou à une déconcentration de l'activité hospitalière. Dans le tableau ci-dessous, à partir du vécu des hôpitaux, sont faites des propositions de renforcement de l'autonomie déjà consacrée par les textes mais qui peine à être effective. Au-delà de ces propositions, il est évident qu'un changement de mentalité des différentes parties prenantes doit s'opérer afin de mieux comprendre le contenu de l'autonomie afin de se l'approprier. A cette fin, l'implication des collectivités territoriales peut être d'une contribution pour suppléer l'Etat dans cette nouvelle relation. Cette implication des CT peut être faite en référence au système hospitalier suisse. Ce système peut être source d'inspiration et cela du fait du partage de responsabilité entre les cantons et l'Etat central dans le domaine de la santé en générale et celui hospitalier en particulier. Par transposition au contexte malien, la compétence santé sera partagée en l'Etat et les régions.

L'intervention de l'Etat concernera la mise en place du cadre institutionnel, la gestion des programmes nationaux et des crises sanitaires ainsi que l'apport d'une partie du financement de l'activité hospitalière. Quant aux régions, après leur avoir transféré les hôpitaux existants, elles seront-en même d'élaborer leur schéma d'organisation sanitaire en prenant en compte les besoins et les spécificités régionales autour des centres hospitaliers régionaux dont le fonctionnement sera soumis à la tutelle du conseil régional. L'Etat pourra acquérir les services de ces structures dans le cadre de programmes spécifiques et les collectivités territoriales notamment la région pourront à la suite devenir des acquéreurs de soins de santé pour les populations de leur territoire. Cependant, des dispositions passerelles permettront aux populations d'une région ne disposant d'une spécialité de se faire prendre en charge à la charge de sa collectivité en dehors de celle-ci en compensation de la défaillance de la CT à doter la région de ressources humaines nécessaires. Les mécanismes de l'assurance maladie et du régime d'assistance

médicale (et même si une extension est en projet vers la couverture maladie universelle) seront les références de financement de l'activité hospitalière notamment par un financement basé sur l'activité réalisée au profit de ces structures et l'apport de l'Etat et des CT sera fonction des besoins à couvrir par les hôpitaux dans le cadre du service public de santé sur leur territoire.

## BIBLIOGRAPHIE

- Georges VEDEL et Pierre DEVOLVE, *Droit Administratif*, PUF, 1984.
- 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.
- Ordonnance n° 84-12 du 5 mai 1984 portant création de services rattachés au ministère de la Santé et des Affaires sociales.
- Loi n° 90-110 / AN-RM du 18 octobre 1990, portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation et du fonctionnement des Etablissements publics à caractère administratif.
- Loi n° 2002-048 du 22 juillet 2002 portant modification de la loi n° 94-009 du 22 mars 1994 portant principes fondamentaux de la création, de l'organisation, de la gestion et du contrôle des services publics.
- Loi n° 2002-049 du 22 juillet 2002 portant loi d'orientation de la santé.
- Loi n° 2002-050 du 22 juillet 2002, portant loi hospitalière modifiée.
- Décret n° 2016-470/P-RM du 28 juin 2010 fixant la carte nationale hospitalière.

**L'EVOLUTION DU STATUT JURIDIQUE DU PRESIDENT DE LA  
REPUBLIQUE DU MALI: DE L'AUTORITARISME AU  
REEQUILIBRAGE DES POUVOIRS ?**

**Dr Yacouba KONE,  
enseignant-chercheur, maître-assistant  
Faculté de droit public de l'Université des  
sciences juridiques et politiques de Bamako (Mali)**

**Résumé :** *La trajectoire juridique qu'a suivie le président de la République du Mali depuis l'indépendance jusqu'à maintenant est scrupuleusement analysée par de nombreux chercheurs. Le président de la République du Mali, comme dans nombre de ces régimes politiques postcoloniaux, est généralement perçu comme un outil de prédation ne laissant pas assez de marge à l'opposition. Selon la formule utilisée par un auteur, il « réduit la classe politique à un état de servitude, de servilité et confine les acteurs institutionnels dans un rôle de prébendiers insincères ». Cette caractéristique pour le moins totalitariste du président de la République reflète la société étatique de l'époque. D'aucun ont parlé d'Etat cleptocrate, clientéliste, et corrompu, il est donc clair que ces travaux antérieurs sur le commandement africain datent des périodes des régimes politiques monolithiques. Le constitutionnalisme démocratique des premières heures de l'indépendance calqué sur le modèle français issu de la Constitution de 1958 fait place désormais à un constitutionnalisme autoritaire soit dans les textes constitutionnels soit dans la pratique constitutionnelle compte-tenu de l'ancrage fort de celui qui en est le plus visible. Par conséquent, on a pu même entendre « le déclin du constitutionnalisme », « constitutionnalisme rédhibitoire », « constitutionnalisme formel et irrationnel », « constitutionnalisme non démocratique » ; somme toute chose sur laquelle s'est demandé dans un titre au relent « provocateur », un auteur avisé en ces termes : « A quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le*

*constitutionnalisme africain » Fort heureusement, ici comme ailleurs, partout en Afrique, se sont opérés, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, l'ouverture démocratique et le respect des droits. Les nouvelles Constitutions africaines d'après la Baule, à l'instar de celle du Mali du 25 février 1992, ont réaménagé le pouvoir politique. Les institutions fonctionnent désormais dans un rapport marqué par l'équilibre et la séparation des pouvoirs. La tendance nouvelle est que, désormais, la fonction présidentielle ne doit plus s'exercer dans l'autoritarisme.*

Tout système politique a besoin d'un régulateur<sup>1</sup>. La régulation du système politique est confiée à un président ou un chef de l'Etat élu par le Parlement ou élu au suffrage universel. En droit, le statut peut être défini comme l'ensemble des règles définissant les droits et obligations d'un sujet de droit<sup>2</sup>. Pour le statut juridique du président de la République, il peut être considéré comme un ensemble de textes juridiques régissant les droits et devoirs du président de la République.

Pour le statut juridique du président de la République du Mali, il a connu plusieurs évolutions au gré de la situation politique du pays. En effet, si la Constitution institutionnalise le pouvoir présidentiel, il n'en demeure pas moins que celui-ci reste ancré dans une pratique de « présidentialisation » conférant au président un statut constitutionnel marqué par la pratique néo patrimoniale. Le Mali, à l'instar de la plupart des Etats d'Afrique francophone, semble ne pas s'arrêter de nourrir des réflexions et susciter des débats autour de l'encadrement juridique de ses pouvoirs constitués, dont le plus éminent, le président de la République. Le président de la République est analysé

---

<sup>1</sup> Michel LESAGE, « Le rôle du chef de l'État en période de transition », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 23, 1992, n° 4. p. 41-48.

<sup>2</sup> Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes Juridiques*, Paris, Dalloz, 22<sup>ème</sup> éditions, 2014-2015, p. 941.



comme un élément du pouvoir exécutif au même titre que le gouvernement<sup>3</sup>.

Quant à l'expression chef de l'Etat, elle est rarement utilisée comme telle par les textes constitutionnels qui se réfèrent plutôt à la forme du régime : ainsi la Constitution de la V République ne parle que du président de la République la Constitution espagnole de 1978 précise cependant dans son article 56-1. « Le roi est le chef de l'Etat ». Au sens traditionnel, le chef de l'Etat est dans l'organisation des pouvoirs publics, l'organe suprême de la République<sup>4</sup>.

L'œuvre de la doctrine publiciste sous la III<sup>e</sup> République témoigne d'une profonde réflexion sur la place du président de la République au sein de nos institutions<sup>5</sup>. La doctrine est claire : le président de la République n'est pas le chef de gouvernement. Cette conception se comprend parfaitement car, pour la doctrine, la III<sup>e</sup> République « n'a pas hésité à emprunter à la monarchie [parlementaire] toutes ses institutions, sauf le roi », comme l'existence d'un cabinet. Pour différencier le chef d'État du chef de gouvernement, les publicistes ont recours à la notion d'élément « stable » du régime, alors que le gouvernement est l'élément « mouvant » du régime, puisqu'il reflète les tendances politiques du Parlement. La doctrine est de ce fait unanime sur son maintien et sur sa nécessité<sup>6</sup>. L'objet même du gouvernement du latin *Res publica*, la chose publique, la chose de tous, c'est-à-dire du peuple entendu comme l'ensemble de la population. Ce sens se retrouve dans le terme Grec *Politera*, titre du livre de Platon

---

<sup>3</sup> Cédric HAUUY, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la 3<sup>e</sup> République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, n° 93, p. 67-82.

<sup>4</sup> Michel de VILLIERS, Armel LE DIVELLEC, *Dictionnaire droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> édition 2015, p. 40.

<sup>5</sup> Cédric HAUUY, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la 3<sup>e</sup> République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, n° 93, p. 67-82.

<sup>6</sup> Cédric HAUUY, « Le président de la République, vu par la doctrine publiciste, sous la 3<sup>e</sup> République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, n° 93, p. 67-82.

(en français : la République)<sup>7</sup>. Si la République est la chose de tous, elle ne peut être celle d'un seul. La République sera donc une forme d'organisation de l'Etat : proclamer la République en réalité proclamer que l'Etat prend la forme républicaine qui conduit parfois à utiliser l'un pour l'autre les termes d'Etat et de la République<sup>8</sup>. Cette forme républicaine exclut la transmission du pouvoir République, s'oppose directement à la monarchie.

En effet, le président de la République est le premier acteur (après le peuple) à être évoqué par le texte constitutionnel de 1992. C'est en effet le titre III de ce texte –articles 29 à 52 de la Constitution– qui énumère les principaux pouvoirs du président<sup>9</sup> et fixe son mode de désignation. Cette place privilégiée accordée au président dans le texte de 1992 montre bien la volonté des constituants de lui accorder un statut d'exception et un rôle dominant dans la vie politique et institutionnelle.

On peut ici d'ailleurs retrouver l'influence de la Constitution française de 1958 et donc, indirectement, du général de Gaulle qui, en son temps, avait voulu rompre avec la déchéance progressive de l'institution présidentielle, engagée sous les Républiques précédentes. Cette place privilégiée se traduit dans le mode de désignation du chef de l'État et, surtout, dans les pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution. Clé de voute des institutions de la République, chef de l'exécutif. Sans concerner le régime actuel de son mandat, le président de la République conformément à la Constitution en vigueur définit la politique de la nation qui sera mise en œuvre par un gouvernement dirigé par un premier ministre qu'il nomme et démet librement.

---

<sup>7</sup> Michel de VILLIERS, Armel LE DIVELLE, *Dictionnaire droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> édition 2015, p. 40.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 324-325.

<sup>9</sup> Étienne BURIN DES ROZIERS, « Le président de la République et son gouvernement, Deux Constitutions, la Ve République et la République italienne. Parallèles et commentaires ». *Actes du colloque organisé par l'Associazione Italia-Francia et l'École française de Rome*, du 1<sup>er</sup> au 3 décembre 1980. Rome : École française de Rome, 1988. p. 3-14. (Publications de l'École française de Rome, 112).

Les fonctions à vie des chefs d'État dans les régimes monarchiques contrastent, par ailleurs, avec les limitations de durée des mandats de leurs homologues en régime républicain. D'une durée généralement comprise entre cinq et sept ans, ces mandats apparaissent toutefois plus longs que les mandats parlementaires. Incarnation de l'unité nationale, ils doivent aussi garantir une certaine continuité de l'État et si dans certains cas, le chef de l'État n'est rééligible qu'une fois (Allemagne, Autriche, Grèce, Portugal), dans d'autres pays, les Constitutions ne prévoient même aucune limitation particulière (Italie, Finlande ou France...)<sup>10</sup>.

Aujourd'hui, en Afrique, parmi les institutions constitutionnelles, l'institution « président de la République » est la plus controversée et la plus enviée : « l'institution demeure centrale et convoitée en Afrique francophone »<sup>11</sup>. Conformément à la Constitution du 25 février 1992 (article 29) le président de la République, est le chef d'Etat. Le concept « chef de l'Etat », quant à lui, malgré ce que l'on pourrait croire n'est pas récent en Afrique dans la mesure où les grands empires et les royaumes ont précédé la colonisation. Il désigne celui qui « exerce l'autorité sur un groupe, une collectivité, une organisation ; celui qui en assure la direction ». Elle est une institution dynamique et régulatrice des sociétés traditionnelles. Le titre de chef de l'Etat indique le plus haut responsable dans un Etat : « Ce titre de chef de l'Etat est apparu dans les monarchies constitutionnelles à une époque où le roi avait une situation prééminente dans l'Etat. Le chef de l'Etat peut être héréditaire (roi) ou élu.

En effet, le président de la République au Mali bénéficie d'un mode d'élection original. Suivant l'article 30 de la Constitution du 25 février 1992 : « Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct et au scrutin majoritaire à deux tours [...] ». L'article 33 précise en outre qu'il « est élu à la majorité absolue des

---

<sup>10</sup> Louis FAVOREU, P. GAIA et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2016, 18<sup>e</sup> édition, p. 926-927.

<sup>11</sup> Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 335.

suffrages exprimés. Si elle n'est pas obtenue au premier tour de scrutin, il est procédé à un second tour, le deuxième dimanche suivant. Ce second tour est ouvert seulement aux deux candidats ayant réuni le plus grand nombre de suffrages ».

Aborder la question de l'évolution du statut juridique du président de la République du Mali suscite beaucoup d'intérêts au regard du contexte politique depuis 2012 marqué par la crise institutionnelle consécutive à deux coups d'états en moins de dix ans. La domestication du pouvoir qui ignore toutes les limites normatives pour se muer aux considérations mystiques semble déterminer le statut de fait du président de la République. Une telle analyse est sans doute un exercice difficile quand bien même les conditions de la fonction présidentielle n'ont pas toujours été sur une assise juridique. Les ruptures brutales<sup>12</sup> des régimes le confirment. Il est tout aussi frappant de constater que les règles de stratification du pouvoir ici comme ailleurs en Afrique noire ne relèvent pas parfois de l'ordinaire. Elles sont du domaine du mystique, et donc de l'extraordinaire au sens profond du terme. Au-delà de ces invisibles réels en Afrique, là où l'on admet facilement que le spirituel et le temporel demeurent intimement liés<sup>13</sup>. A cet égard l'évolution juridique du statut du président de la République du Mali revient à analyser l'encadrement du pouvoir d'Etat par le droit depuis l'indépendance jusqu'à « l'ouverture démocratique des années 1990 ». Autrement dit, une telle étude revient à analyser les dynamiques législatives constitutionnelles ainsi que le jeu des institutions autour de celui qui incarne le pouvoir, qui en est la première vitrine, le président de la République.

Il s'agit ici d'étudier un phénomène juridique qui est en mouvement et qui n'a pas fini sa construction. Placée au cœur de la réalité constitutionnelle depuis l'indépendance, la condition du

---

<sup>12</sup> Au moment où nous écrivons ces lignes le Mali compte 6 coups d'Etat militaires.

<sup>13</sup> F. J. AIVO, « Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutation et avenir de la fonction ». *Etudes africaines*, Paris, l'Harmattan. 2007, p. 101.

président de la République du Mali est aujourd'hui un sujet préoccupant de l'analyse juridique. Ainsi, appréhendé en temps réel, le statut du président de la République du Mali, dans ses dynamiques, est d'un intérêt certain.

Il est tout aussi remarquable de constater que l'actualité du sujet, ne doit pas être pris pour irrémédiablement acquis. Pour une simple raison : « La recherche sur un phénomène en gestation ne prive-t-elle pas le chercheur de la distance épistémologique nécessaire à l'appréhension de tout objet de science ? ce dernier ne requiert-il pas une certaine stabilisation pour être approché ?<sup>14</sup> ». Ces questionnements se justifient ici quand on sait que l'institution qui est étudiée se trouve à chaque fois, soit sous les « feux de la rampe » pour susciter l'espoir, soit dans « l'œil du cyclone » parce qu'elle cause un désenchantement<sup>15</sup> à tort ou à raison.

La trajectoire juridique qu'a suivie le président de la République depuis l'indépendance jusqu'à maintenant est scrupuleusement analysée par de nombreux chercheurs<sup>16</sup>. A l'analyse, le président de la République, dans nombre de ces régimes politiques postcoloniaux, est généralement perçu comme un outil de prédation ne laissant pas assez de marge à l'opposition. Selon la formule utilisée par un auteur, il « réduit la classe politique à un état de servitude, de servilité et confine les acteurs institutionnels dans un rôle de prébendiers insincères »<sup>17</sup>. Cette caractéristique pour le moins totalitariste du président de la République reflète la société étatique de l'époque.

---

<sup>14</sup> L.M. FALL, « Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique », *Etudes africaines*, l'Harmattan, oct. 2008, p. 27.

<sup>15</sup> A. KEITA, « Démocratie minimale, démocratie incantatoire : le « modèle » malien entre l'ici et l'horizon », in D. KONATE (dir.), *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du Nord*, Edition Tombouctou, 2013, p. 131-155 ; V. égal. A. KEITA, S. LIMA et C. THIRIOT, « Etat, décentralisation en environnement : inventaire critique d'une crise multiforme », in *Le Mali contemporain* (en ligne), Marseille : IRD Editions.

<sup>16</sup> Issouf TOURE, « Les pouvoirs du chef de l'Etat du Mali de 1960 à 1990 », REMASJUP n° 7, 2019.

<sup>17</sup> F.J. AIVO, « Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction », *Etudes africaines*, Paris, l'Harmattan. 2007, p. 28.

D'aucun ont parlé d'Etat cleptocrate<sup>18</sup>, clientéliste<sup>19</sup>, et corrompu<sup>20</sup>, il est donc clair que ces travaux antérieurs sur le commandement africain datent des périodes des régimes politiques monolithiques<sup>21</sup>. Le constitutionnalisme démocratique des premières heures de l'indépendance calqué sur le modèle français issu de la Constitution de 1958 fait place désormais à un constitutionnalisme autoritaire<sup>22</sup> soit dans les textes constitutionnels soit dans la pratique constitutionnelle compte-tenu de l'ancrage fort de celui qui en est le plus visible. Par conséquent, on a pu même entendre «le déclin du constitutionnalisme »<sup>23</sup>, « constitutionnalisme rédhibitoire »<sup>24</sup>,

---

<sup>18</sup> J.F. BAYART, « Le crime transnational et la formation de l'Etat », *Politique africaine*, 2004/1, n°9, p. 93-104, DOI : 10. 3917/polaf.093.0093. URL : <https://w.w.w.cairn.info/revue-politique-africaine-2004-1-page-93.htm>; v. égal. Collonico G., « Corruption, croissance et démocratie en Afrique : la difficile consolidation », *Cahier du CERUUM Working paper*, n° 6, Centre d'études et de recherche internationales, Université de Montréal 2015, p. 16.

<sup>19</sup> J. F. MEDART, « Nouveaux Acteurs Sociaux, permanence et Renouveau du clientélisme politique en Afrique Sub-saharienne », *Cadernos de Estudos Africanos*, 13/14, 2017, p. 11-26.

<sup>20</sup> L. ADDI, « Forme néo-patrimoniale de l'Etat et secteur public en Algérie », Lahouari ADDI, Habib EL MALKI, Jean Claude SANTUCCI, *Etat et développement dans le monde arabe*.

<sup>21</sup> G. CONAC, « Portrait du chef d'Etat », in : *Les pouvoirs*, n° 25, av. 1983, p. 121-129. Du même auteur, « Présidentialisme, les présidentielismes africains : habillages constitutionnels de la personnalisation du pouvoir », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY (dir), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF 1978, p. 812-821 ; J.-F. MEDARD, « La spécificité du pouvoir africain », in *Les pouvoirs africains, pouvoirs*, n° 25, av. 1983, p. 10-11, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques : Point de repères et interrogation », in *Afrique contemporaine* n° 164 Numéro spécial d'octobre-décembre 1992.

<sup>22</sup> Nombre d'auteurs contestent l'exercice du mimétisme. V. par ex. I. M. FALL, « La construction des régimes politiques en Afrique. Insuccès et succès », *Pouvoirs*, n° 129, 2009.

<sup>23</sup> A. BOURGI, « Lecture et relecture de la Constitution de la V<sup>e</sup> République », colloque 40<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution française, 7-8-9 oct. 1998, p. 2.

« constitutionnalisme formel et irrationnel »<sup>25</sup>, « constitutionnalisme non démocratique »<sup>26</sup> ; somme toute chose sur laquelle s'est demandé dans un titre au relent « provocateur »<sup>27</sup>, un auteur avisé en ces termes : « A quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain »<sup>28</sup>.

Fort heureusement, ici comme ailleurs, partout en Afrique, se sont opérés, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, l'ouverture démocratique et le respect des droits. Les nouvelles Constitutions africaines d'après la Baule, à l'instar de celle du Mali du 25 février 1992, ont réaménagé le pouvoir politique. Les institutions fonctionnent désormais dans un rapport marqué par l'équilibre et la séparation des pouvoirs<sup>29</sup>. La tendance nouvelle est que, désormais, la fonction présidentielle ne doit plus s'exercer dans l'autoritarisme.

Produit de l'histoire ou simple fait de hasard, l'institution président de la République au Mali a toujours attiré les regards, plus d'attention dans le jeu de pouvoir. Subrepticement, le schéma institutionnel issu de la Constitution de 1992 fait du président de la

---

<sup>24</sup> M. AHANHANZO-GLELE, « La Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan-Dakar-Lomé, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 33-34.

<sup>25</sup> J. OWONA, « L'Essor du Constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Etude de quelques Constitutions Janus », in *Mélanges en l'honneur de P.F. Gonidec-Etat moderne : horizon 2000 : aspects interne et externe*, Paris, LGDJ, 1985, p. 235.

<sup>26</sup> J.-M. BRETON, « Le sacré et le Constitutionnalisme. de la de la légitimation à la disqualification du pouvoir », *Droit et culture, revue trimestrielle d'anthropologie et d'histoire*, n°12, 1986, p. 105 et s.

<sup>27</sup> I. M. FALL, *Pouvoir exécutif dans le Constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris l'Harmattan, 2008, p. 8.

<sup>28</sup> K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays Africains noire francophones : cohérence et incohérences », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n°90), p. 57-58. DOI : 10.3917/rfdc.090.0057, URL. : <https://WWW.Cairn.info/rfdc-2012-2-p.57.htm>

<sup>29</sup> Pour une compréhension des changements apportés avec les Constitutions des années 1990, v. F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vue de l'Afrique, titre VII (en ligne), sept. 2018, n° 1 URL. Complète : [https://. Conseil. constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le.sens.-d-une-Constitution-vu-de-l-afrique](https://Conseil.constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le.sens.-d-une-Constitution-vu-de-l-afrique)

République la pièce centrale de l'Etat. Et donc, la précaution prise lors des débats de la conférence nationale n'a pas tenue. Il n'est pas étonnant ou rare d'entendre des qualificatifs développés dans le geste du dirigeant. Il est souvent désigné comme « numéro 1 », « combattant de bord », « père de la nation », « camarade politique », « clé de voute du système » etc. De tels sobriquets peuvent, au premier plan, paraître anodins mais emportent des conséquences énormes sur les plans politique et juridique.

*Quelle lecture peut-on faire du statut constitutionnel du président du Mali de l'indépendance à nos jours ? y a-t-il rupture ou continuité du passage des régimes autoritaires à celui démocratique ?* La réponse à cette interrogation, nous permettra, dans une approche juridique fondamentalement constitutionnelle, de mettre en exergue, dans un premier temps, le statut du président de la République du Mali dans la période des systèmes à partis uniques et dans un second temps, le statut du président de la République du Mali dans la période de l'ouverture démocratique.

### **I. Le statut du président de la République du Mali dans la période des systèmes à parti unique**

L'institution du président de la République du Mali fait figure de véritable « [vaisseau amiral constitutionnel] : toujours propulsé au centre du débat politique et constituant, jusqu'à en éclipser toutes les autres institutions »<sup>30</sup>. Le statut constitutionnel du président de la République ici au Mali, pendant les systèmes de parti unique de fait et de droit, peut en effet permettre une lecture, de prime abord, de ce que l'on pourrait appeler une tendance lourde à un présidentielisme autoritaire en deux temps. D'un autoritarisme teinté de légitimité historique (A) à un autoritarisme purement dictatorial (B).-

---

<sup>30</sup> Pour une distinction de ces différents courants de pensée, v. F.J. AIVO, « Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction », *Etudes Africaines*, Paris, l'Harmattan. 2007, p. 37.



### A. *L'autoritarisme teinté de légitimité historique*

La volonté du peuple malien de construire l'Etat-nation exige fondamentalement la mise en place d'institutions et d'un système de rapports qui existent entre ces derniers basés sur l'unité du pays incarnée en la personne du président de la République dont le statut concourt à cet effet. Sans doute, l'architecture institutionnelle créée par la Constitution du 22 septembre 1960 mettait le père de l'indépendance au piédestal. La lutte que le président Modibo Keita a menée pour l'indépendance du Mali pouvait justifier la redingote de sa taille dans le schéma constitutionnel de 1960.

Dans les dispositions du préambule, cette politique constitutionnelle basée sur l'érection d'un Etat-nation s'affiche. En effet, il y est clairement indiqué que le peuple malien « affirme sa détermination de poursuivre son œuvre en vue de la réalisation de l'unité africaine », laquelle unité africaine devant à son tour permettre de « réaliser l'unité politique, économique et social indispensable à l'affirmation de la personnalité africaine »<sup>31</sup>.

Sans faire le *verbatim* de nos analyses ici, à travers ce préambule, « [l]e peuple malien [...] détermine solennellement l'orientation philosophique, sociologique et politique de la société malienne respectueuse des droits et liberté individuels et collectifs de la personne humaine »<sup>32</sup>. Il présage cependant l'instrument politique et juridique qu'allait se donner le constituant malien pour réaliser la marche commune vers l'unité politique.

En allant un peu plus loin dans cette Constitution du 22 septembre 1960, il est frappant de remarquer qu'il existe seulement quatre institutions de la République parmi lesquelles ne figure même pas le président de la République. En effet, nommément, la Constitution dresse cette liste, sans doute, dans un ordre hiérarchique, le gouvernement, le Parlement, la Cour d'Etat et la Haute Cour de

---

<sup>31</sup> Constitution du 22 sept. 1960, préambule, al. 5.

<sup>32</sup> A. DIARRA, « Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire. Le cas du Mali depuis 1960 », Ed. Karthala, 2012, p. 46.

Justice<sup>33</sup>. Il est en revanche encore plus frappant, lorsqu'on se met à l'exégèse du titre II de la Constitution, de remarquer que le dispositif relatif au gouvernement dénote à suffisance la place éminente du président du gouvernement.

Responsable devant l'Assemblée nationale, le gouvernement est dirigé par un président dont le mode de désignation ressemble à celui du président de la République de l'ex-puissance coloniale, la France, dans le schéma de la Constitution de 1946. En effet, « [a]u début de chaque législature, ou en cas de vacance du gouvernement, sous réserve des dispositions des articles 34, 35 et 36 ci-après, le président de l'Assemblée nationale, après consultation, désigne un candidat aux fonctions de président de gouvernement. La personnalité désignée expose son programme à l'Assemblée nationale qui lui accorde l'investiture à la majorité absolue des membres la composant. Le président du gouvernement est élu pour une durée qui ne peut excéder celle de la législature. Il est rééligible »<sup>34</sup>.

Conformément à la Constitution française de 1946<sup>35</sup>, c'est le chef au perchoir qui « désigne en fait et en droit le candidat aux fonctions de président du gouvernement. La Constitution ne précise ni les autorités à consulter ni les modalités de consultation. L'investiture est accordée au candidat par l'Assemblée nationale après l'adoption de son programme à la majorité absolue des députés »<sup>36</sup>.

Ainsi, concomitamment désigné avec son programme, le président du gouvernement émane de la volonté du Parlement et du choix préalable de son président. Une fois investi, le président du gouvernement « nomme par décret le vice-président ainsi que les autres membres du gouvernement et fixe leurs attributions »<sup>37</sup>. Cette compétence accordée au président du gouvernement pour le choix des autres membres au sein de cet organe n'est soumise à aucune procédure particulière. Elle ne nécessite, nullement, la validation du

---

<sup>33</sup> Constitution du 22 sept. 1960, art. 5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>35</sup> V. l'art. 45 de la Constitution française de 1946.

<sup>36</sup> A. DIARRA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>37</sup> Constitution du 22 sept. 1960, art. 8.

Parlement. La composition du gouvernement par son président relève donc de son appréciation discrétionnaire.

Le président du gouvernement, chef de l'Etat et gardien de la Constitution, est le garant du fonctionnement régulier des institutions, garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire de la République, du respect des traités, des conventions et des accords internationaux<sup>38</sup>. En plus de ses fonctions constitutionnelles, le président du gouvernement détient de larges pouvoirs. Notamment, entre autres, « il préside le Conseil des ministres » ; « nomme les membres » d'autres institutions de la République à l'instar de ceux de la Cour d'Etat ; il est le chef des armées et dispose du droit de grâce ; il intervient dans la procédure législative<sup>39</sup>.

L'ancrage du statut et celui des pouvoirs subséquents du président du gouvernement, qui se trouve fort démocratiquement tempéré par les dispositions des articles 34 et suivants de la Constitution, est d'avantage consacré par la pratique institutionnelle<sup>40</sup>. Comme relevé au début du présent paragraphe, une telle pratique institutionnelle est l'œuvre de la doctrine politique dominante de l'époque. Le professeur Abdoulaye Diarra l'a fort opportunément rappelé. Il précise en effet que « [l]es institutions ne valent que par la qualité des hommes chargés de les mettre en œuvre »<sup>41</sup>. Au fur et à mesure que la ligne politique de la construction et l'affirmation de l'unité politique avançait le statut du président du gouvernement se renforçait. A titre d'illustration de ces propos : la première réforme constitutionnelle intervenue en janvier 1961 supprima le poste de « vice-président ». Le gouvernement est dorénavant dirigé par une tête, son président. Le multipartisme intégral prévu par la Constitution du 22 septembre fait pratiquement place au système de parti unique. Le désormais parti hégémonique du président Modibo Keita est au cœur du système institutionnel. Ses « résolutions issues du congrès historique tenu au

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>39</sup> Constitution du 22 sept. 1960, art. 10.

<sup>40</sup> « Il s'agit donc de voir ici comment le texte constitutionnel du 22 septembre a été appliqué de 1960 à 1968 » : A. DIARRA, *op. cit.*, p. 63.

<sup>41</sup> *Ibid.*

Collège technique de Bamako, le 22 septembre 1960, devinrent le programme du gouvernement malien. Car l'Union soudanaise RDA va progressivement s'imposer en tant que parti dominant. Les résolutions politiques déterminèrent la ligne politique de l'Etat.

Modibo Keita, secrétaire général du parti, parla pour la première fois [d'économie socialiste] ou plus précisément d' [économie socialiste planifiée]. Les syndicats, plus engagés, parlèrent de [construction du socialisme]. Le père de l'indépendance, avec prudence et rigueur, déclara : [il s'agit, dès maintenant, d'envisager les voies et les moyens pour une économie socialiste planifiée. Nous ne nous arrêterons pas aux slogans, aux formules toutes faites, nous innovons en partant de nos réalités maliennes greffées sur des expériences réussies ailleurs] »<sup>42</sup>.

A n'en pas douter, ce point de vue traduit désormais la confusion du parti à l'Etat mais il est aussi le réceptacle de la prise en compte des choix stratégiques du père de l'indépendance dans la transformation idéologique de la Nation<sup>43</sup>. Ce dernier, expliquant la transformation subite par le parti, notait que « [l]unité politique du Mali a été réalisée en suivant un long acheminement par l'adhésion, la fusion des partis qui existaient, de sorte que nous n'avons pas eu recours à une loi institutionnelle pour ériger l'US-RDA en parti unique »<sup>44</sup>.

On assiste alors à la mise en veilleuse des principes de démocratie pluraliste consacrés par la Constitution de 1960 pour des raisons d'impératifs politiques. Cela n'est pas une exception malienne dans la période des indépendances africaines. Ici comme ailleurs en Afrique noire francophone, « le parti du peuple entier dirigé par le Guide de la Nation, le chef suprême de la Nation, le bâtisseur de la Nation, le

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>43</sup> B. NIANG, *Les fonctions de la Radiodiffusion en situation coloniale et dans la construction de l'État-nation au Sénégal : quête de légitimation, propagandes, outil éducatif et/ou de développement (1939-1976)*, Thèse présentée pour l'obtention du grade Philosophie Doctor (Ph.D.) en histoire, Université de Sherbrooke, mai 2020, p. 157.

<sup>44</sup> A. DIARRA, *op. cit.*, p. 64-65.

rassembleur de la Nation, le patriote peut entraîner la personnalisation du pouvoir, la sacralisation d'un pouvoir personnel, la mystification de l'autorité politique [...] ». Dès lors, « [l]e leader sera glorifié en raison de la mission exceptionnelle dont il est investi : il faut asseoir l'Etat et forger la nation. Le sens de son action est donc indiqué d'emblée. Seul élément symbolique de la Nation, le chef est l'incarnation au présent d'une réalité en devenir. Il se présentera comme le héraut d'une nouvelle religion politique, celle de l'Unité nationale' dont il est l'inspirateur. Or... le populisme consiste aussi dans l'exploitation de la croyance au chef protecteur qui existe dans une population non encore émancipée du paternalisme »<sup>45</sup>.

Le président, père de la nation, l'alpha et l'oméga du jeu institutionnel, « tout dépend, pour ainsi dire, de son bon vouloir. Par un dépassement, dont seul peut se permettre un pouvoir sans barrières, l'action du président de la République déborde la sphère exécutive pour s'étendre à l'ensemble de l'espace politique. Par l'intermédiaire du parti, il est présent au sein de l'Assemblée nationale et des autres instances de l'Etat. Grâce au parti, il déploie une suprématie qui lui est constitutionnellement garantie par la confusion des pouvoirs aux dépens du législatif et du judiciaire »<sup>46</sup>.

Une chose est claire : les développements précédents qui renvoient à une image graphique de l'unité nationale et son processus de construction identifiés en la personne du chef ne sont pas facteurs d'émergence d'une véritable justice constitutionnelle<sup>47</sup>. Toute chose qui, combinée à d'autres<sup>48</sup>, contribua à l'échec de la révolution<sup>49</sup> et la

---

<sup>45</sup> M. KAMTO, Pouvoir et droit en Afrique : essai sur les *fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 341.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 281 et s.

<sup>47</sup> A l'analyse du professeur Diarra, l'indépendance de la justice n'était acquise. V. A. DIARRA, *op. cit.*, p. 85 et s.

<sup>48</sup> « Que Modibo ait été animé d'un sincère désir de justice sociale, nul ne peut plus le nier ; qu'il ait subi l'ascendant de collaborateurs ou de compagnons de lutte plus radicaux ; qu'à cause de ses prises de position sur la scène internationale et de son influence il ait mécontenté des puissances étrangères qui souhaitaient sa chute, ce sont certainement là aussi des vérités

chute de l'homme du 22 septembre 1960 avec l'irruption brutale des militaires sur la scène politique le 19 novembre 1968.

### ***B. L'autoritarisme purement dictatorial***

Encore, l'analyse du statut du nouveau président de la République du Mali ne montre pas une nette amélioration en termes d'équilibre des forces constitutionnelles. Au contraire, nonobstant quelques avancées dans les textes juridiques, la pratique démontre un pouvoir présidentiel exorbitant. La raison à cela est simple. Il est de nature plus facile de rencontrer des dérives autoritaires avec un régime issu du coup d'Etat.

Alors que, et sans être une exception malienne<sup>50</sup>, à la suite d'un auteur, « [l]oin devant l'élection pluraliste et concurrentielle –qui est pourtant la voie la plus convenable pour accéder aux responsabilités politiques– les coups d'Etat militaires et les cooptations de toute nature ont constitué, au cours des trois premières décennies postcoloniales en Afrique noire, la formule la plus efficace pour la prise du pouvoir d'Etat »<sup>51</sup>. En novembre 1968, le Comité militaire de libération nationale (CMLN) prit le pouvoir. Il s'agit là, selon le professeur Théodore Holo, « d'« une violation du droit interne et une atteinte brusque et réfléchie aux règles juridiques qui ont pour objet l'organisation et le fonctionnement des autorités constituées dans un

---

indéniables ; mais il ne serait pas raisonnable pour autant de s'appuyer sur ces ARGUMENTS pour tenter de nier toute responsabilité de Modibo Keita dans l'échec de sa politique, en le présentant comme un homme infailible, hors du commun » : M. KONATE, « Le Mali : ils ont assassiné l'espoir », Paris, L'Harmattan, coll. *Points de vue*, 1990, p. 24.

<sup>49</sup> Lê C., « Politiques économiques et crises durant les 30 années d'indépendance », *Politique Africaine*, n° 47, oct. 1992, « Le Mali : la transition », p. 31-42.

<sup>50</sup> En Afrique, « rares sont les cas où il n'y a pas eu de coups d'Etat à proprement parler » : P. DABEZIES, « L'alternance dans les dictatures militaires du Tiers Monde », in : *L'alternance, Pouvoirs* n° 1, 1977, p. 114.

<sup>51</sup> F. J. AÏVO, « Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction », *Etudes africaines*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 64.

pays, la police des libertés publiques et le maintien de l'ordre sur le territoire »<sup>52</sup>. Plus que jamais, on sent la force brutale au centre du pouvoir au Mali. Le coup d'Etat révèle, dans l'instant même de sa manifestation, le fondement du pouvoir, il est l'apocalypse de son origine<sup>53</sup>.

On n'oubliera pas que le coup d'Etat était dans l'histoire un moyen accepté d'accéder au pouvoir. Comme l'a fait remarquer Frédéric J. Aïvo : « [d]ans l'histoire des sociétés organisées, remarquons que la force militaire est, et a été de tout temps, l'un des moyens d'acquisitions du pouvoir politique. Gabriel Naudé en fit l'apologie et en vanta dans les années 1600 les mérites. Le coup d'Etat est pour lui l'un de ces remèdes que jamais le médecin [n'ordonne sans prescrire quand et comment toutes précautions moyennant lesquelles on s'en peut légitimement servir]. Le coup d'Etat dont Gabriel Naudé offre dans son ouvrage le [kit], le [coffret] et son mode d'emploi est, écrit-il, comme [le glaive duquel on peut user et abuser comme la lance de Télèphe qui peut blesser et guérir, comme cette Diane d'Ephèse qui avait deux faces, l'une triste et l'autre joyeuse ; bref comme ces médailles de l'invention des hérétiques qui portent la face d'un pape et d'un diable sous mêmes contours et linéaments ; ou bien comme ces tableaux qui représentent la mort et la vie, suivant que l'on regarde d'un côté ou d'autres] »<sup>54</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui, même si d'aucuns parlent de coup d'Etat de réparation ou de rétablissement de la démocratie<sup>55</sup>, les « exigences de la légitimité démocratique et du respect des droits font que les élections sont

---

<sup>52</sup> Th. HOLO, *L'étude d'un régime militaire. Le cas du Dahomey (Bénin), 1972-1977*, Thèse de Droit public, Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1979, p. 17-18.

<sup>53</sup> L. MARIN, « Pour une théorie baroque de l'action politique », in : Gabriel NAUDE, *Considérations politiques sur les coups d'Etat*, Paris, Les Editions de Paris, 1988, p. 20.

<sup>54</sup> F. J. AÏVO, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>55</sup> V. par ex. A. E. OVONO, « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p. 120-121. DOI : 10.3917/afco.242.0120. URL : <https://www.cairn-int.info/revue-afrique-contemporaine-2012-2-page-120.htm>.

considérées comme moyen légal privilégié d'exercice du pouvoir politique »<sup>56</sup>.

Cette prise du pouvoir illégale, rapide et préméditée<sup>57</sup>, suspend la Constitution du 22 septembre. Dans la foulée, le 28 novembre, l'ordonnance n° 1/CMLN est adoptée et devient le texte majeur pour l'organisation des pouvoirs publics en République du Mali. Elle dispose que les institutions provisoires de la République sont : le Comité militaire de libération nationale, le gouvernement et la Cour suprême »<sup>58</sup>.

Ce comité, composé de quatorze membres, à la tête duquel se trouve le lieutenant Moussa Traoré, est chargé de définir et d'orienter la politique générale de la République<sup>59</sup>. Le président du CMLN est le chef de l'Etat. A ce titre, il signe les traités approuvés par le CMLN ; il accrédite les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères ; il nomme en conseil du CMLN les membres de la Cour suprême, les fonctionnaires civils et militaires ; il dispose du droit de grâce<sup>60</sup>.

A l'analyse des prérogatives accordées au président du CMLN, il est remarquable de constater qu'elles se confondent sans doute à celles du président du régime défunt. On peut s'en étonner, surtout à cette période d'exception<sup>61</sup>, lorsqu'on regarde les raisons avancées pour justifier le coup d'Etat. En effet, les auteurs de l'acte du 19 novembre 1968 mettaient « [l]accent sur les difficultés politiques et

---

<sup>56</sup> V. par ex. M. TOURE, « L'intervention de l'ONU au Mali et démocratie », à paraître. V. égal. M. I. MBADINGA, *Démocratisation des Etats et droit international. Essai sur l'universalité du principe de légitimité démocratique des gouvernants*, Thèse de Doctorat Droit public, Université Paris I, 1999, p. 1-462.

<sup>57</sup> Ces qualificatifs ont été donnés au coup d'Etat par Richard Dubreuil. V. R. DUBREUIL, *Dictionnaire du pouvoir. Auteur, concepts et citations*, Paris, Les Editions d'Organisation, 1995, p. 38.

<sup>58</sup> Ordonnance n° 1/CMLN du 28 nov. 1968, portant organisation des pouvoirs publics en République du Mali, art. 5.

<sup>59</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>60</sup> *Ibid.*, art. 11.

<sup>61</sup> La période d'exception est comprise entre la date du coup d'Etat et l'adoption de la Constitution du 2 juin 1974.



économiques du régime de l'US-RDA à la fin des années soixante, notamment : la détérioration de la situation économique et financière, la grave crise politique interne qui a conduit le président Modibo Keita à annuler précipitamment le VII<sup>e</sup> Congrès de l'US-RDA et dissoudre, contrairement à la Constitution, l'Assemblée nationale. En passant outre la Constitution, le régime, selon la junte militaire, n'avait plus de fondement légal »<sup>62</sup>. A la même période, le volume de compétences du président du CMLLN se gonfle. Face à une tentative de coup d'Etat en août 1969, le lieutenant Moussa Traoré devient à la fois chef du gouvernement et chef de l'Etat et ce jusqu'à l'adoption de la nouvelle de Constitution le 2 juin 1974 qui met fin à cette période d'exception.

Avec cette nouvelle période constitutionnelle, les lignes statutaires du président ne bougent que pour se renforcer. Les données changent avec l'instauration du système d'élection du président de la République. Ce dernier est élu au suffrage universel pour un mandat de cinq ans. A la différence de la Constitution du 22 septembre 1960 où le président du gouvernement émane du choix du président de l'Assemblée nationale, dans cette nouvelle donne, le président de la République est choisi par le parti unique constitutionnel, l'UDPM.

Ce parti, instrument de renforcement et de balance du statut du président de la République, est au cœur de l'architecture institutionnelle du pays. Lors de l'élection présidentielle, « la direction du parti désigne le candidat à la présidence de la République. Cette candidature est soumise au suffrage des électeurs »<sup>63</sup>. En cas d'empêchement temporaire<sup>64</sup> ou définitif<sup>65</sup>, les fonctions du président de la République sont assurées par le président de l'Assemblée nationale. Lorsque l'empêchement définitif du président de la République survient pour raison de démission, ce dernier adresse une lettre à la direction du parti à cet effet qui est chargée d'informer la

---

<sup>62</sup> A. DIARRA, *op. cit.*, p. 108.

<sup>63</sup> Constitution du 2 juin 1974, art. 22, al. 1.

<sup>64</sup> *Ibid.*, art. 26.

<sup>65</sup> *Ibid.*

nation par message écrit<sup>66</sup>. Il faut relever au passage qu'après constatation faite par l'Assemblée nationale par un vote à la majorité des deux tiers la composant après consultation de la Cour suprême, l'empêchement définitif du président de la République est prononcé par la direction du parti<sup>67</sup>. En cas de conflit entre la direction nationale du parti et le président de la République, un congrès extraordinaire réuni à ce titre peut mettre fin au mandat du dernier par un vote à la majorité des deux tiers des membres de la première.

Par conséquent, à l'image du parti unique de fait, le parti unique de droit reste prépondérant dans le jeu institutionnel prévu dans la Constitution du 2 juin 1974. Il est au sommet de la hiérarchie des institutions de la deuxième République qui sont au nombre de six : le Parti, le président de la République, le gouvernement, l'Assemblée nationale, la Cour suprême et la Haute cour de Justice<sup>68</sup>. Le parti sera encore plus renforcé avec la révision constitutionnelle du 11 mai 1979<sup>69</sup>. La primauté du Parti identifié en la personne du président du CMLN, non moins président de la République, sur toute autre Institution de la République est constitutionnalisée. Le Parti UDPM assure, désormais, à lui seul la direction du système politique de l'Etat. Les 82 députés<sup>70</sup>, représentants de la nation, sont élus dans chaque circonscription sur une liste nationale unique de candidats. La liste est arrêtée par le Parti unique constitutionnel. On comprend alors que l'Assemblée nationale est monocolore au sens mathématique du

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, art. 27.

<sup>68</sup> Constitution du 2 juin 1974, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>69</sup> La rédaction des dispositions de l'article 5 ancien était : « Le Parti est unique. Il est l'expression de l'unité nationale l'autorité politique suprême du pays. Il définit la politique de l'Etat et concourt à l'expression du suffrage universel, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur ». L'article nouveau est rédigé ainsi : « Le Parti est unique. Il est l'expression de l'unité nationale l'autorité politique suprême du pays. Il définit la politique de l'Etat et concourt à l'expression du suffrage universel, conformément à la présente Constitution et aux lois et règlements en vigueur ». Pour la nouvelle rédaction de l'article 5, v. l'ordonnance n° 79-42/CMLN du 11 mai 1979 portant révision de la Constitution.

<sup>70</sup> V. l'ordonnance n° 79-45/CMLN du 15 mai 1979.

terme et entièrement contrôlée par le secrétaire général du Parti, le général Moussa Traoré, président de la République, chef du gouvernement.

L'omnipotence du président de la République et le système de parti unique ne contribuent pas à l'émergence de la justice constitutionnelle et son corollaire de protection des droits et libertés fondamentaux. Le mouvement démocratique composé de syndicat des travailleurs, d'associations d'étudiants et d'autres se construit. La contestation du régime du général ne faiblit pas. Au contraire il se gonfle de son propre succès acquis de jour en jour. Le 26 mars 1991, la contestation a eu raison des vingt-trois ans du règne de main de fer du président Moussa Traoré.

A la suite du coup d'Etat du Comité de transition pour le salut du peuple dirigé par le lieutenant Amadou Toumani Touré, le général Moussa Traoré sera jugé et condamné à mort à deux reprises. *Jeune-Afrique* résume à juste titre les raisons à cela. En effet, selon ce journal, « On peut dire que le général Moussa Traoré a la baraka. Après les événements de mars 1991 durant lesquels son armée a massacré quelque deux cents manifestants, avant qu'un groupe d'officiers ne le renverse, il n'a pas fini au poteau d'exécution ni reçu de balle perdue. Il a simplement été arrêté. »

« En 1992, les nouvelles autorités du pays ont organisé un procès, qui aboutira à sa condamnation à mort pour crimes politiques. Un deuxième procès, pour crimes économiques, se terminera par une deuxième condamnation à mort, à laquelle s'ajoute cette fois celle de sa femme, Mariam. En attendant l'application de la peine, le couple sera détenu à Markala, à environ 270 km de la capitale, Bamako. Fallait-il exécuter Moussa Traoré ? Le débat fut tranché par le président de l'époque, Alpha Oumar Konaré, opposé à la peine de mort. Dans un premier temps, il commuera la condamnation à mort en prison à perpétuité. Puis, en 2002, année où il achève son deuxième et dernier mandat, Konaré gracie M. et Mme Traoré. S'expliquant sur

son refus de voir l'ancien président exécuté, Konaré estima qu'il fallait le laisser en vie afin qu'il voie la démocratie s'installer au Mali »<sup>71</sup>.

## **II. Le statut du président de la République du Mali dans la période de l'ouverture démocratique**

Le coup d'Etat du 26 mars 1991 n'a pas été qu'un changement d'homme à la tête de l'Etat. C'est tout le système basé sur l'univocité installée dans les deux précédentes Républiques qui a été balayé. La nouvelle conjoncture politique et juridique est sous-tendue par l'équilibre démocratique des organes constitutionnels. Dans ce climat, le statut du président de la troisième République ne s'afficherait pas de la même façon que celui de ses prédécesseurs. Sans doute, le spectre de donner au président de la République une posture incomparable est un « invariant constitutionnel »<sup>72</sup> au Mali. Avec la démocratisation, l'on assiste à un nouveau statut du président marqué par deux tendances : un affaïssement de l'autoritarisme (A) et une tentative de rééquilibrage des pouvoirs (B).

### **A. Un affaïssement de l'autoritarisme**

Dans la Constitution du 25 février 1992, le statut du président de la République est reconnu de manière ambiguë, non pas par la formulation des termes qui le consacrent mais par l'immensité de la légitimité qui lui est accordée par le souverain à travers le suffrage universel direct et au final il reste irresponsable de l'exercice qu'il en fait (on y reviendra). Le passage de la société unanimiste à la société pluraliste ; de l'intolérance à la tolérance ; de l'acclamation à la compétition ouverte comme mode de désignation des gouvernants et ceux qui les contrôlent ; de la justice constitutionnelle retenue à la justice constitutionnelle libérée sont désormais les caractéristiques du

---

<sup>71</sup> A lire sur le site <https://www.jeuneafrique.com/196373/politique/moussa-traor-condamn-la-tranquilit/> (consulté le 25/11/2020 à 21 h 45).

<sup>72</sup> F. HOURQUEBIE, cité par A. SALL, « Synthèse des travaux du colloque de Lomé II », colloque des 13 et 14 juin 2011, *Les tabous du constitutionnalisme en Afrique*, p. 6.

constitutionnalisme malien d'après mars 1991. Ce pluralisme malien comme la marque indélébile d'une société démocratique n'est pas un cas isolé sur le continent africain.

En fait, la « fièvre constitutionnelle »<sup>73</sup> née du début des années 1990, à la suite de la Baule, gagne un peu presque partout le continent. On peut donc dire que l'Afrique n'est pas restée en marge des bouleversements imposés par l'effondrement du bloc de l'Est. La démocratie libérale occidentale, dont la manifestation phénoménale la plus éclatante est l'organisation d'élections régulières, libres, justes, équitables, honnêtes et libres, caractérise le système politique des Etats du continent. Là, « la fonction présidentielle » est rénovée puisque, dit-on, désormais formellement dépouillée de ses oripeaux traditionnalistes, héroïques, autoritaires et pompeusement princiers, fut le principal chantier politique du début des années 1990<sup>74</sup>. Il s'agit d'une nouvelle donne internationale, ajoutée à la crise interne des régimes africains, qui a forcé la libéralisation de l'espace politique des Etats francophones et rendu inévitable, la rationalisation de l'accession, de l'exercice et de la sortie de la charge présidentielle jusqu'alors entière et exclusive<sup>75</sup>.

Le Mali a fait le choix, ci-dessus évoqué, dans la Constitution du 25 février 1992. Mais d'ores et déjà, et depuis la période transitoire ouverte après le coup d'Etat du 26 mars 1991, l'attachement du peuple malien au principe de la démocratie pluraliste, au respect des lois, des droits et libertés fondamentaux de l'homme tels que contenus dans les déclarations de 1789, 1946, 1948, à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, à toutes les conventions ou tous les instruments internationaux traitant des droits de l'homme était réaffirmé dans les textes juridiques majeurs de l'époque<sup>76</sup>. En effet, l'instauration, par l'ensemble des forces démocratiques et patriotiques, d'un régime démocratique et pluraliste respectueux des

---

<sup>73</sup> M. AHANHANZO-GLELE, cité par Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, *Les Constitutions africaines*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 9.

<sup>74</sup> F. J. AÏVO, *op. cit.*, p. 297.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> V. acte fondamental n° 1/CTSP du 31 mars 1991, préambule.

droits politiques, économiques et sociaux de l'homme en République du Mali, y était consacrée<sup>77</sup>. Et plus, il était indiqué que « les partis politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent librement leurs activités dans les conditions déterminées par la loi... »<sup>78</sup>.

Ces dispositions juridiques indiquent clairement le choix du système électif des gouvernants, et plus particulièrement le plus emblématique d'entre eux, qu'allait s'opérer dans la future Constitution. Cette dernière, adoptée par référendum le 12 janvier 1992, consacre définitivement la volonté politique dominante du Mali qui est celle de conférer au président de la République, Père de la nation, une légitimité sans commune mesure avec une autre institution.

Le président de la République, de par son mode d'élection combiné à l'étendue de ses prérogatives, est, on l'a dit, la clef de voûte des institutions de l'Etat et du système politique. Il est élu pour cinq ans au suffrage universel direct et au scrutin majoritaire à deux tours...<sup>79</sup>. Au premier tour de scrutin, lorsque « la majorité absolue des suffrages exprimés [...] n'est pas obtenue ..., il est procédé à un second tour, le deuxième dimanche suivant. Ce second tour est ouvert seulement aux deux candidats ayant réuni le plus grand nombre de suffrages »<sup>80</sup>.

Donc, l'élection du président de la République au suffrage universel, telle que consacrée dans la Constitution malienne en vigueur, est celle prévue dans la Constitution du 2 juin 1974. En effet, cette dernière prévoyait également l'élection du président de la République au suffrage universel direct. Cependant, la différence avec la Constitution en vigueur sur ce point, est que la candidature unique, portée sur le premier responsable du Parti unique, était proposée par la direction nationale de ce dernier au suffrage des électeurs.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, Titre premier.

<sup>78</sup> *Ibid.*, Titre II.

<sup>79</sup> Constitution malienne du 25 février 1992, art. 30.

<sup>80</sup> *Ibid.*, art. 33.

Ainsi, « l'élection du président de la République au suffrage universel direct est le mode le plus usité dans les régimes démocratiques, notamment ceux dont le régime, comme celui du Mali, est semi-présidentiel. Dans ce type de régime, il est admis que l'élection du président de la République au suffrage universel direct permet au peuple de désigner un candidat qui pourrait s'appuyer sur une légitimité conférée par un collège électoral unique. L'élection par un collège plus réduit, qui ferait de lui *un élu d'élus*, aurait comme conséquence première l'affaiblissement de sa représentativité notamment par rapport à celle des députés »<sup>81</sup>. C'est pour ces raisons que l'auteur des idées ci-dessus émises, le Comité d'experts chargé d'étude pour la révision constitutionnelle en 2008, « n'a pas suivi ceux qui ont préconisé l'organisation des élections présidentielles à un tour aux motifs que le mode de scrutin prévu à l'article 30 de la Constitution coûte plus cher, les résultats des candidats au premier tour sont quasiment confirmés au second tour et le taux de participation au second tour n'est pas toujours plus élevé que celui du premier tour. Le Comité estime que le fondement de l'élection présidentielle réside dans le fait que l'ensemble des citoyens est appelé à se prononcer sur le choix d'un homme et sur son projet politique.

Dans ces conditions, l'organisation d'un second tour dans l'hypothèse où l'un des candidats n'obtient pas la majorité absolue des voix impose la recherche d'un soutien plus large pour asseoir les orientations politiques des deux candidats restés en lice sur une base populaire plus élargie car le candidat élu le sera avec la majorité des voix des votants. Ainsi, de par son mode d'élection, le président de la République devient un représentant de la Nation, un dépositaire de la souveraineté populaire. Ce mode de désignation fait de lui un acteur décisif dans l'échelle de la légitimité face à tout autre organe représentatif. Il justifie et explique l'attribution de prérogatives

---

<sup>81</sup> D. DIAWARA et al., « Pour la consolidation de la démocratie au Mali », *Rapport au président de la République*, Comité d'experts de la mission de réflexion sur la consolidation de la démocratie au Mali, Bamako, sept. 2008, p. 10-11 (nos italiques supplémentaires).

importantes dans l'exercice du pouvoir. C'est pourquoi, cette élection est la seule organisée par la Constitution elle-même. Aussi, doit être maintenue l'élection du président de la République au suffrage universel direct, suivant le mode du scrutin majoritaire à deux tours tel que prévu par les articles 30 et 33 de la Constitution »<sup>82</sup>.

Une fois élu pour un mandat de cinq ans, le président de la République, « n'est rééligible qu'une seule fois »<sup>83</sup>. La limitation à deux du nombre de mandats du président de la République est ainsi consacrée. Certes, ici encore, des débats ont existés relativement à cette limitation de mandat présidentiel à deux compte-tenu de la nature du régime politique en cours. Avant de noter sa préférence pour cette limitation le Comité précédemment évoqué relevait que « notre histoire constitutionnelle en offre un exemple. Dans sa version initiale, la Constitution du 2 juin 1974 disposait, en son article 22 que *le président sortant est rééligible une seule fois*. Cette disposition a été abrogée par l'ordonnance N° 79-42/CMLN du 11 mai 1979. [...] Depuis, bon nombre d'observateurs se sont faits à l'idée que, même dans le cadre du régime d'alors, la porte était définitivement fermée à une quelconque alternance démocratique. Et vint le 26 mars 1991. En vérité, il existe autant d'arguments favorables que défavorables à la limitation du nombre des mandats présidentiels. Tout dépend de la conjoncture politique et de l'opinion dominante du moment et partout où cela n'a pas été pris en compte, il s'en est suivi de graves troubles politiques. Aujourd'hui, l'ensemble de la classe politique et la majeure partie de l'opinion publique considèrent que la limitation à deux du nombre des mandats présidentiels est une donnée essentielle du système démocratique malien, la seule vraie garantie de l'alternance et qu'elle doit être maintenue. Le Comité estime qu'il faut conserver à l'article 30 son libellé et son statut actuels »<sup>84</sup>.

Une fois le consensus trouvé au tour de cette limitation, une autre question « posée » était « de savoir si le libellé du second alinéa de

---

<sup>82</sup> D. DIAWARA et *al.*, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>83</sup> Constitution malienne du 25 fév. 1992, art. 30, al. 2.

<sup>84</sup> D. DIAWARA et *al.*, *op. cit.*, p. 12-13.



l'article 30, à savoir *il n'est rééligible qu'une fois* exclut définitivement de la course à la présidence un ancien président de la République qui a exercé deux mandats. Le Comité estime que c'est bien là, la suite logique voulue par la Conférence nationale. En effet, l'ordonnance n° 91-074/PCTSP du 10 octobre 1991 portant Code électoral adopté par la Conférence nationale précise, en son article 131, la portée de l'article 30 de la Constitution comme suit : *Le président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois. En aucune circonstance, nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels. C'est la position de la Cour constitutionnelle et elle est partagée par le Comité qui est d'avis que le Constituant de 1992 a entendu lui donner une valeur législative qu'il convient de maintenir en gardant la disposition dans la loi électorale* »<sup>85</sup>.

En dépit des difficultés rencontrées, notamment, la faible participation des électeurs aux différents scrutins<sup>86</sup>, les irrégularités<sup>87</sup>, les crises électorales nées des contestations du juge des élections<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> *Ibidem.*

<sup>86</sup> Mamadou Samaké, expliquant le faible taux de participation à l'élection présidentielle de 2018, reconnaissait que « traditionnellement, les Maliens ne votent pas beaucoup. Il faut se souvenir qu'en 1997, le président Konaré avait été réélu avec un taux de moins de 25 %. Mais il faut rappeler le contexte dans lequel l'élection s'est déroulée. D'abord le contexte sécuritaire, la période hivernale... Le dimanche (jour du vote) il a plu de Kai à Kidal, et en période hivernale, quand il pleut, les gens vont directement aux champs ». A lire sur le site internet <https://www.dw.com/fr/une-r%C3%A9lection-sur-fond-de-faible-taux-de-participation-au-mali/a-45111821> (consulté le 30-11-2020 à 15 h 50).

<sup>87</sup> V. par ex. la décision la plus importante de la Cour constitutionnelle du Mali en matière d'irrégularité électorale : *arrêt* n° 97-046/CC-EL du 25-04-1997 portant annulation des opérations électorales du premier tour des élections législatives du 13 avril 1997 sur toute l'étendue du territoire national, *dernier Considérant*.

<sup>88</sup> « Le président malien, Ibrahim Boubacar Keïta, a fait un geste pour ramener le calme. Il a annoncé, samedi 11 juillet au soir, une « dissolution de fait » de la Cour constitutionnelle pour tenter de dissiper les tensions quasiment insurrectionnelles qui parcourent la capitale Bamako depuis deux jours. La Cour constitutionnelle focalise les protestations en cours, avec le président lui-même. Dans une brève allocution télévisée, la deuxième en une

suite à une décision de celui-ci<sup>89</sup>, plusieurs présidents de la République<sup>90</sup> ont été élus avec ce mode d'élection dont le choix est justifié par la forte légitimation de l'institution présidentielle.

Dans tous les cas, fort d'une légitimité, réelle ou supposée, obtenue au moment de son entrée en fonction, le président de la République semble être dans une sorte de bunker où rien ne peut pratiquement l'atteindre.

### ***B. Une tentative de rééquilibrage des pouvoirs***

C'est une loi de la gouvernance démocratique : lorsqu'on est au centre de l'échiquier politique et que l'on détient beaucoup de pouvoirs, on doit être responsable de ses actes, rien que pour éviter

---

semaine, M. Keïta a fait savoir qu'il abrogerait les décrets de nomination des juges de la Cour encore à leur poste, ce qui revient selon ses termes à une dissolution de fait. La décision de la Cour constitutionnelle d'invalider une trentaine de résultats des élections législatives de mars-avril passe pour un élément déclencheur de la contestation qui a atteint son apogée vendredi et samedi. M. Keïta a paru ouvrir la voie à des législatives partielles dans les circonscriptions concernées par les invalidations de la Cour constitutionnelle, comme l'avait recommandé une récente mission de bons offices de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dépêchée pour désamorcer les tensions ». V. *Le Monde* avec AFP (Agence France Presse), Publié le 11 juillet 2020 à 22 h32 - Mis à jour le 12 juillet 2020 à 23 h 07. A lire sur [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/11/au-mali-le-pouvoir-fait-arreter-des-leaders-de-la-contestation-dans-un-climat-de-fortestensions\\_6045962\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/11/au-mali-le-pouvoir-fait-arreter-des-leaders-de-la-contestation-dans-un-climat-de-fortestensions_6045962_3212.html) (consultée le 30-11-2020 à 17 h 12).

<sup>89</sup> La dernière grande contestation des décisions de la Cour constitutionnelle est issue de la proclamation des résultats définitifs du second tour des élections législatives du 19 avril 2020. Après annulation des milliers de vote par la Cour constitutionnelle pour composition irrégulière des bureaux de vote, des manifestations d'un peu partout à travers le pays et même dans ses représentations diplomatiques et consulaires ont eu lieu. Pour plus de détails de l'origine de la contestation, v. arrêt n° 2020-04/CC-EL du 30 avril 2020 portant proclamation des résultats définitifs du deuxième tour de l'élection des députés à l'Assemblée nationale.

<sup>90</sup> Il s'agit notamment des présidents Alpha Oumar Konaré en 1992 et 1997, Amadou Toumani Touré en 2002 et 2007, Ibrahim Boubacar Keita en 2013 et 2018.

toute centralisation du pouvoir. Alors qu'ici, la conscience politique dominante met le président de la République au-dessus de la mêlée<sup>91</sup>. Dans le fonctionnement des institutions, l'entretien des rapports qui existent entre elles ne nuisent pas politiquement au président de la République. En clair, celui-ci est au demeurant à l'abri des moyens d'action réciproques (tels le renversement du gouvernement et la dissolution de l'Assemblée nationale) comme un long fleuve tranquille. Les débats politiques et doctrinaux soulevés au moment des travaux préparatoire de la procédure de révision constitutionnelle initiée par le président Amadou Toumani Touré le confirment.

En effet, à cette occasion, des propositions contradictoires relatives à la nature du régime politique (dit semi-présidentiel) perceptible dans la Constitution de 1992 ont été relevées. Les unes tendaient à un changement de ce régime contre d'autres qui voulaient son maintien en l'état. A cet égard, les partisans du changement voulaient en réalité le renforcement du président de la République dans le sens où celui-ci devrait, à lui seul, concentrer entre ses mains tout le pouvoir exécutif. Et par conséquent, la fonction de premier ministre, chef de gouvernement devrait être supprimée tout comme la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale et du droit de dissolution de ladite assemblée.

Alors que les autres tendaient à l'instauration d'un régime parlementaire avec un premier ministre, responsable exclusif de l'exécutif en tant qu'émanation de la majoritaire parlementaire et disposant du droit de provoquer la dissolution du Parlement et un président de la République qui serait cantonné principalement dans les fonctions qui lui sont conférées par les dispositions de l'actuelle Constitution<sup>92</sup>. Dans de tel scénario, la limitation du nombre des

---

<sup>91</sup> A chaque tentative de révision de la Constitution, les débats penchent en faveur du renforcement du président de la République. V. par ex. les travaux du Comité d'experts présidé par Daba Diawara *in* D. DIAWARA *et al.*, *op. cit.*, p. 1 à 259.

<sup>92</sup> « Le président de la République est le chef de l'Etat. Il est le gardien de la Constitution. Il incarne l'unité nationale. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, du respect des traités et accords internationaux. Il veille au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et

mandats présidentiels pourrait être supprimée. Cela est justifié par les risques d'une cohabitation que la Constitution actuelle rend possible<sup>93</sup>.

En tous les cas, le droit constitutionnel positif consacre l'irresponsabilité politique du président de la République. C'est le gouvernement qui reste politiquement responsable devant le parlement conformément aux dispositions constitutionnelles. Celles-ci énoncent en effet que « le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres engage devant l'Assemblée la responsabilité du gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale. L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seules sont recensées les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des deux tiers des membres composant l'Assemblée. Si la motion de censure est rejetée, les signataires ne peuvent en proposer une nouvelle au cours de la même session.

Le premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée »<sup>94</sup>. Et « lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du gouvernement, le premier ministre doit remettre au président de la République la démission du gouvernement »<sup>95</sup>.

Donc, politiquement responsable devant aucun organe constitutionnel, le président de la République, tel que prévu par le schéma institutionnel de la troisième République, ne peut qu'agir sur

---

assure la continuité de l'Etat » : Constitution malienne du 25 fév. 1992, art. 29.

<sup>93</sup> D. DIAWARA et *al.*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>94</sup> Constitution malienne du 25 fév. 1992, art. 78.

<sup>95</sup> *Ibid.*, art. 79.

les autres. Ni le gouvernement, ni l'Assemblée nationale ne peuvent mettre en jeu la responsabilité politique du chef de l'Etat puisque n'étant prévue par la Constitution en vigueur. Cependant, on est en droit de penser que le président de la République demeure politiquement responsable devant le peuple souverain qui l'a accordé son suffrage. Le premier accède à la fonction magistrale sur fond de son projet politique accepté par le second. La contrainte du président de la République de respecter l'engagement qu'il a pris devant son peuple électeur, le juge Keba Mbaye l'a schématisée lorsqu'il s'est agi pour lui de donner la leçon inaugurale sur « L'éthique, aujourd'hui » à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar en 2005. Marquant la différence de fonction entre lui, préposé du jour à l'exercice de la prononciation du discours inaugurale, et ses deux prédécesseurs (deux professeurs dont l'un est doublé d'un homme d'Etat), le juge de classe exceptionnel dit : « vous savez, le professeur est le serviteur de la science et l'homme d'Etat l'otage de la prudence. Ce sont des situations contraignantes pour l'un comme pour l'autre. Elles sont toutes deux réductrices car elles sont filles de la fidélité : la fidélité est obligatoirement réductrice parce qu'elle postule un choix et, fatalement, comme dirait André Gide, le *rejet de ce que l'on ne choisit pas* ; elle limite et canalise ici, fidélité que l'un doit au vrai (le Professeur), et l'autre à la vérité (l'homme d'Etat). »

« En effet, le professeur est un soldat de la raison et l'homme d'Etat le porte-parole du peuple donc de l'opinion. Le premier s'évertue à ne pas sortir du chemin de la science. Le second porte le fardeau du souvenir de ses promesses que ses électeurs conservent précieusement dans leur mémoire »<sup>96</sup>.

Certes, il s'agit ici des exigences d'un engagement, moral, éthique. Mais, il est la conséquence d'une situation politique voire juridique. On l'a dit dans le paragraphe précédent : le président de la République est l'homme du peuple de par son mode d'élection. Pour être élu, il doit remplir des conditions vis-à-vis du peuple. En effet, la condition de nationalité exige qu'il soit malien d'origine et qu'il

---

<sup>96</sup> KEBA MBAYE, « L'éthique, aujourd'hui. », Leçon inaugurale donnée à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar le 14 décembre 2005, p. 2-3.

jouisse de tous ses droits civiques et politiques<sup>97</sup>. Ainsi, pour ne pas perdre la confiance de son électeur (le peuple) et donc sa popularité, le président de la République, l'homme du peuple, par le biais du gouvernement qu'il a mis en place, doit mener à bien le programme politique qu'il l'a proposé<sup>98</sup>.

Ainsi dit, le président de la République n'est pas, à certains égards, tout aussi politiquement stable comme pourrait laisser croire une lecture littérale du texte constitutionnel. La notion de « haute trahison », notion floue<sup>99</sup> mais tout de même nouvelle lorsqu'on analyse l'évolution constitutionnelle du Mali<sup>100</sup>, permet d'engager une procédure de mise en accusation contre le président de la République<sup>101</sup>. Hormis cette possibilité, le président de la République

---

<sup>97</sup> Constitution du 25 fév. 1992, art. 31.

<sup>98</sup> Doc du Juris, « La responsabilité politique du président de la République », publié le 09/09/2009. A lire sur « [https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-constitutionnel/dissertation/president-republique-responsabilite-politique-472867.html?utm\\_source=sameTitle](https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-constitutionnel/dissertation/president-republique-responsabilite-politique-472867.html?utm_source=sameTitle) » (consulté le 2/12/2020 à 9 h 11).

<sup>99</sup> Elle reste indéterminée et extensible. Après le coup d'Etat de 2012 contre le président Amadou Toumani Touré, la procédure avait été enclenchée mais est restée ou abandonnée au stade initial. La France, à la suite de la révision constitutionnelle du 23 février 2007, en réformant le statut du président a introduit un nouveau mécanisme de responsabilité politique de ce dernier. Le nouvel article 68 de la Constitution prévoit une procédure très encadrée de destitution, destinée à sanctionner les atteintes que le comportement du chef de l'État pourrait porter à la fonction présidentielle, par la notion de « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat ». La destitution peut être prononcée par le Parlement réuni en Haute Cour. Il ne s'agirait donc pas d'une sanction pénale, mais politique, dont la conséquence serait de mettre un terme au mandat du chef de l'État et à l'inviolabilité qui lui est reconnue, pour la durée de ses fonctions, par l'article 67 de la Constitution. Cependant, les possibilités de mettre en cause la responsabilité du président par cette procédure sont très restrictives.

<sup>100</sup> Ni dans la Constitution du 22 septembre 1960 ni dans celle de 2 juin 1974, la notion de « haute trahison » ne figure.

<sup>101</sup> « La Haute Cour de Justice est compétente pour juger le président de la République et les ministres mis en accusation devant elle par l'Assemblée nationale pour haute trahison ou en raison des faits qualifiés de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que leurs complices en

bénéficie de l'immunité de juridiction. Il n'est ni pénalement ni civilement responsable des actes accomplis pendant l'exercice de ses fonctions. La Constitution dispose que « la loi fixe les avantages accordés au président de la République et organise les conditions d'octroi d'une pension aux anciens présidents de la République jouissant de leurs droits civiques »<sup>102</sup>. Conformément à ces dispositions constitutionnelles, une loi a été adoptée dès les premiers mois de la période démocratique fixant le régime des émoluments et autres avantages accordés au président de la République<sup>103</sup>.

Le Comité Daba Diawara, trouvant que ce texte de loi « est obsolète en ce sens que les avantages qu'il prévoit pour le président de la République sont aujourd'hui inférieurs à ceux des membres de certaines institutions, si l'on ne prend en compte la gratuité du logement et ses accessoires », a fait des recommandations pour son « actualisation »<sup>104</sup>.

En outre, le Comité s'est penché sur la situation des anciens présidents de la République. En effet, il trouve que « ce qui est prévu pour les anciens présidents de la République jouissant de leurs droits civiques ne leur permet pas de tenir leur rang. Pis, dans le classement de préséance protocolaire, ils viennent après les présidents des autres institutions qui viennent après les ministres et les anciens premiers ministres. Enfin, comme cela se fait dans d'autres pays, ils n'ont plus de présence, même symbolique, dans le fonctionnement de l'Etat. L'amélioration des avantages matériels accordés aux anciens présidents de la République est une question importante dans un pays en voie d'institutionnalisation de sa pratique démocratique. Dans les pays à forte tradition républicaine, la fin de mandat n'affecte pas,

---

cas de complot contre la sûreté de l'Etat. La mise en accusation est votée par scrutin public à la majorité des 2/3 des députés composant l'Assemblée nationale. La Haute cour de justice est liée par la définition des crimes et délits et par la détermination des peines résultants des lois pénales en vigueur à l'époque des faits compris dans la poursuite » : Constitution du 25 fév. 1992, art. 95.

<sup>102</sup> Constitution malienne du 25 fév. 1992, art. 52.

<sup>103</sup> V. la loi n° 92-012 du 17 sept. 1992.

<sup>104</sup> D. DIAWARA et *al.*, *op. cit.*, p. 23.

outre mesure, la situation matérielle et le respect protocolaire liés aux fonctions par eux assumées.

La jeunesse de notre culture démocratique et son interférence avec une culture particulariste et souvent clientéliste de la politique justifie qu'un ancien président du Mali ayant reçu mandat directement du Peuple et ayant assumé jusqu'à terme dans l'honneur, la charge de représenter et d'agir au nom du peuple malien, soit objet de fierté nationale et préservé à jamais de la nécessité de rechercher des moyens pour mener une existence décente. Son exemple, le respect et la considération nationale accordée à sa personne doivent être à mesure d'inspirer ses successeurs dans une bonne pratique exécutive au service du peuple tout entier. La prééminence du rôle du président de la République dans le fonctionnement de nos institutions et la limitation du nombre de mandats présidentiels supposent pour être efficaces qu'une garantie de nature constitutionnelle vienne protéger la vie matérielle et morale des anciens présidents de la République jouissant de leurs droits civiques »<sup>105</sup>.

*Mutatis mutandis*, deux nouvelles lois adoptées et entrées en vigueur depuis 2012 semblent améliorer la situation en faveur des présidents de la République en exercice<sup>106</sup> et anciens<sup>107</sup> jouissant de leurs droits civiques. En effet, pour le président de la République en exercice, « le président de la République perçoit un traitement hors échelle d'un montant égal à dix fois la moyenne des traitements bruts les plus élevés des fonctionnaires de catégorie A, tous corps confondus. Ce traitement est soumis à la réglementation fiscale en vigueur. Il n'est pas soumis à la cotisation sociale. Il bénéficie, en outre, d'une indemnité mensuelle forfaitaire de représentation exonérée de tous impôts et taxes dont le montant est fixé aux trois

---

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Il s'agit de la loi n° 2012-011 du 24 février 2012 fixant les émoluments et autres avantages accordés au président de la République, *Journal officiel* (ci-après *JO*) n° 09 du 2 mars 2012, p. 322.

<sup>107</sup> Loi n° 2012-012 du 24 février 2012 relative à la pension aux avantages accordés aux anciens présidents de la République, *JO* n° 09 du 2 mars 2012, p. 322-323.



quarts du traitement hors échelle prévu ci-dessus »<sup>108</sup>. Ce traitement « est exclusif de toutes autres rémunérations publiques. Cependant, peuvent être cumulées avec le traitement présidentiel, les pensions civiles militaires de toute nature, les pensions allouées à titre de récompense »<sup>109</sup>. En outre, il « bénéficie de la gratuité du logement, des fournitures d'eau et d'électricité et du téléphone. Les domestiques attachés au Palais de la Présidence sont à la charge de l'Etat »<sup>110</sup>.

Pour les anciens présidents jouissant de leurs droits civiques, « le bénéfice de la pension et des autres avantages institués par la présente loi » leur « est ouvert [...] ainsi qu'à leurs ayants droit »<sup>111</sup>. Dans le cadre du traitement salarial, ils « bénéficient d'une pension dont le montant est égal à sept (07) fois la moyenne des traitements bruts les plus élevés des fonctionnaires de catégorie A, tous corps confondus ». Il [sic] bénéficie [sic], en outre, d'une indemnité mensuelle forfaitaire de représentation exonérée de tous impôts et taxes dont le montant est égal aux trois quarts de la pension. La pension et l'indemnité forfaitaire instituées ci-dessus peuvent être cumulées avec les pensions civiles et militaires de toute nature et les pensions allouées à titre de récompense. La pension et l'indemnité mensuelle forfaitaire de représentation sont réversibles sur la tête du ou des conjoints et en cas de décès, sur la tête des enfants jusqu'à leur majorité »<sup>112</sup>. Il faut noter que « pour tout ce qui n'est pas prévu par la présente loi et ne lui est pas contraire, l'ancien président de la République continue de relever du régime des pensions de son statut professionnel d'origine ou à défaut d'un statut spécial »<sup>113</sup>. Enfin, ils « bénéficient de la gratuité du logement et de deux véhicules, ainsi que d'un peloton de sécurité pour leur garde personnelle et celle de leur famille. Les fournitures d'eau, d'électricité et téléphone ainsi que le personnel affecté à leur résidence sont à la charge de l'Etat dans la limite d'une

---

<sup>108</sup> Loi n° 2012-011 du 24 février 2012, *op. cit.*, art. 2.

<sup>109</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>110</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>111</sup> Loi n° 2012-012 du 24 février 2012, *op. cit.*, art. 2.

<sup>112</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>113</sup> *Ibid.*, art. 4.

allocation budgétaire inscrite dans la loi de Finances et autorisée par l'Assemblée nationale. Ladite allocation est réversible sur la tête de leur (s) conjoint (s) et en cas de décès, sur la tête des enfants jusqu'à leur majorité. Le (s) conjoint (s) et les enfants mineurs bénéficient, en outre d'un logement, à titre gratuit, de deux véhicules et d'un dispositif de sécurité »<sup>114</sup>. Le président de la République, nonobstant quelques tentatives de recadrage de son statut, n'est pas comptable de ses actes.

\*

\* \*

Dès l'accession de l'Etat du Mali à l'indépendance, la volonté de construire un Etat-nation au modèle africain a incontestablement joué dans la Constitution et sur le jeu des institutions qui sont prévues dans cette dernière. A dire vrai, l'autorité de l'Etat, incarnée « principalement ou exclusivement par le président de la République, a bénéficié de ressources juridiques et politiques considérables pour promouvoir le développement, asseoir l'Etat et consolider l'unité nationale »<sup>115</sup>. C'est pour cette volonté politique de construction de l'unité nationale que la place et rôle accordés au président de l'époque de l'indépendance du Mali ont paru à bien des égards exorbitants.

C'est cette exorbitance des pouvoirs et cette omnipotence du président de la République, Père de l'indépendance du Mali qui ont permis la justification du coup d'Etat des militaires de 1968. Ces derniers n'ont pas pu changer la donne. Donc le résultat est resté le même. Sans que cela soit à la décharge des présidents des deux premières Républiques, Jean Gicquel notait qu' « au terme d'une loi

---

<sup>114</sup> Loi n° 2012-012 du 24 février 2012, *op. cit.*, art. 5.

<sup>115</sup> I. M. FALL, « Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique », *Préface de Jean Gicquel*, Etudes africaines, L'Harmattan, oct. 2008, p. 275.

de l'évolution politique, il importe de bâtir d'abord l'Etat avant d'y accueillir l'Etat de droit »<sup>116</sup> favorable à l'équilibre démocratique.

C'est à la faveur de l'ouverture démocratique opérée dans les années 1990 qu'une volonté politique réelle s'est exprimée en faveur de l'équilibre des forces constitutionnelles. Dans cette nouvelle ère, le mode d'accession à la fonction suprême change. Sous l'impulsion désormais donnée sur le plan universel, il s'agit maintenant au Mali d'une véritable compétition électorale qui est le mode d'accession au pouvoir afin de permettre au président de la République d'avoir une forte légitimité. Le statut ainsi renforcé du président de la République à travers la participation populaire à sa désignation n'emporte pas *a priori* sa responsabilité politique devant un autre organe constitutionnel. Cependant, des tentatives peuvent être évoquées contre cet état de fait. Sur un plan juridique, certes la menace même floue avec la notion de la « haute trahison » qui existe. Mais le président de la République reste protégé contre les sanctions pénales et civiles pendant l'exercice de ses fonctions. Et plus, même à la fin de son mandat, le statut du président de la République lui confère des avantages.

A la fin de son exercice, le président de la République devient citoyen et donc justiciable comme tout le monde. La difficulté est lorsqu'il est en cours de mandat. Lorsque le président de la République en cours d'exercice de mandat qui se serait rendu coupable de violation des droits de l'homme, avec le Statut de Rome, la solution pourrait être trouvée du côté de la Cour pénale internationale ?

---

<sup>116</sup> V. Préface de : Le Divellec A., « Le gouvernement parlementaire en Allemagne », thèse, 2004, p. V.

## BIBLIOGRAPHIE

- ADDI L., « Forme néo-patrimoniale de l'Etat et secteur public en Algérie », ADDI Lahouari et EL MALKI, Habib ; Jean-Claude, *Etat et développement dans le monde arabe*, Editions du CNRS, Paris, France, 17 p . 1999, Etude de l'Annuaire de l'Afrique du Nord. Ffhlshs-00397788.
- AHANZHANZO-GLELE M., « La Constitution ou Loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan-Dakar—Lomé, les nouvelles Editions africaines, 1982, p. 33-34.
- AIVO J.F., « Le président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction », *Etudes africaines*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- BAYART J.F., « Le crime transnational et la formation de l'Etat », *Politique africaine*, 2004/1 (N°9), PP. 93--104, DOI : 10.3917/polaf.093.0093. URL : <https://w.w.w.cairn.info/revue-politique-africaine-2004-1-page-93.htm>
- BOILLEY P. « 13. division du pacte national », dans : *Les Touaregs Kel Adagh. Dépendances et révoltes/ du Soudan français au Mali contemporain*, sous la direction de BOILLEY Pierre. Paris, Karthala, « Hommes et sociétés », 2012, P.495-533. URL : <https://www.cairn.info/les-touaregs-kel-adagh—9782811106355-page-495.htm>.
- BOIS DE GAUDUSSON Jean DU, « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques : Point de repères et interrogation », in *Afrique contemporaine* n° 164 numéro spécial d'octobre-décembre 1992.
- BOIS DE GAUDUSSON Jean DU, *Les Constitutions africaines*: Paris, la documentation française, 1997, de repères et interrogation », in *Afrique contemporaine* n° 164 Numéro spécial d'octobre-décembre 1992, p. 9-11.
- BOURGUI A., « Lecture et relecture de la Constitution de la 5<sup>e</sup> République française », Colloque du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution française 7, 8 et 9 octobre 1998, p. 1-15.
- BRETON J.-M. « Le sacré et le Constitutionnalisme. de la de la légitimation à la disqualification du pouvoir », *Droit et culture, revue trimestrielle d'anthropologie et d'histoire*, n° 12, 1986, p. 105-125.

- COLLONICO G., « Corruption, croissance et démocratie en Afrique : la difficile consolidation », *Cahier du CERUUM working paper*, n° 6, Centre d'Etudes et de Recherche internationales, Université de Montréal 2015, 111 p.
- CONAC G., « Portrait du chef d'Etat », in : *Les pouvoirs*, n° 25, av. 1983, p. 121-129.
- CONAC G. « Présidentialisme, les présidentialismes africains : habillages constitutionnels de la personnalisation du pouvoir », in : Olivier DUHAMEL, Yves MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF 1978, p. 812-821.
- DABEZIES P., « L'alternance dans les dictatures militaires du tiers monde », in *L'alternance, pouvoir*, n° 1, 1997, p.113-117.
- DARBON D. « L'Etat prédateur », in *Politique africaine*, n° 9, p. 37-45.
- DIARRA A., *Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire. Le cas du Mali depuis 1960*, Ed. Karthala, 2012, 371 p.
- DOSSO K., « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *Revue Française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n°90),pp.57-85. DOI : 10.3917/rfdc.090.0057. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-212-2-page-57.htm>.
- DUBREUIL R., *Dictionnaire du pouvoir, Auteur, concepts, et citations*, Paris, Les Editions d'Organisation, 1995, 1590 p.
- FALL I. M., « La construction des régimes en Afrique : insuccès et succès », *Pouvoirs*, N° 129, 2009.
- FALL I. M., « Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique », Préface de Jean GICQUEL, *Etudes africaines*, L'Harmattan, oct. 2008, p. 275.
- GONIDEC P.-F. « Esquisse d'une typologie des régimes politiques africains » in *Les pouvoirs africains, Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 63-77.
- HOLO Th., *L'étude d'un régime militaire. Le cas du Dahomey (Benin), 1972-1977*, Thèse de Droit public, Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, 1979, 568 p.
- HOURQUEBIE F., « Le sens d'une Constitution vue de l'Afrique, titre VII (en ligne), sept. 2018, n° 1 URL. Complète : <https://>. Conseil.

constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le.sens.-d-une-Constitution-vu-de-l-afrique

-HOURQUEBIE F., « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat Africain ? Entre principes théoriques et pratique du pouvoir », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p. 73-86. DOI :10.3917/afco.242.0073. URL :<httpswww.cairn-int-info-/revue-afrique-contemporaine-2012-2-page-73-htm>.

-KAMTO M., *Pouvoir et droit en Afrique : essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, 546 p.

-KEITA A., « Démocratie minimale, démocratie incantatoire : le « modèle » malien entre l'ici et l'horizon », in KONATE D.(Dir.) *Le Mali entre doutes et espoirs. Réflexions sur la Nation à l'épreuve de la crise du Nord*, Edition Tombouctou, 2013, PP. 131-155.

-KEITA A. LIMA S. et THIRIOT C., « Etat, décentralisation en environnement : inventaire critique d'une crise multiforme », in : *Le Mali contemporain* (en ligne), Marseille :IRD. Editions 2014.

-KONATE M., *Le Mali : ils ont assassiné l'espoir*, Paris, L'Harmattan, coll. *Points de vue*, 1990, p. 144.

-LE C., « Politiques économiques et crises durant les 30 années d'indépendance », *Politique Africaine*, n° 47, oct. 1992, « Le Mali : la transition », p. 31-42.

-MARIN L., « Pour une théorie baroque de l'action politique », in NAUDE Gabriel, *Consolidation politiques sur les coups d'Etat*, Paris, 1988 20 p.

-MBADINGA M. I., *Démocratisation des Etats et droit international. Essai sur l'universalité du principe de légitimité démocratique des gouvernants*, Thèse de Doctorat Droit public, Université Paris I, 1999, 462 p.

-MEDART J.-F., « La spécificité du pouvoir africain », in *Les pouvoirs africains, Pouvoirs*, n°25, av. 1983. p. 5-22.

-MEDART J.-F., « Nouveaux Acteurs Sociaux, permanence et Renouveau du clientélisme politique en Afrique Sub-saharienne », *Cadernos de Estudos Africanos*, 13/14, 2017, p. 11-26.

-NIANG B., *Les fonctions de la Radiodiffusion en situation de coloniale et dans la construction de l'Etat-nation au Sénégal : quête de légitimation, outil*

*éducatif et/ou de développement (1939-1976)*, thèse présentée pour l'obtention du grade P.H.D. en histoire, Université de Sherbrooke, mai 2020.

-OVONO A. E., « Armée et démocratie en Afrique, une relation ambivalente à normaliser », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p. 120-121. DOI : 10.3917/afco.242.0120. URL : <https://www.cairn-int.info/revue-afrique-contemporaine-2012-2-page-120.htm>.

-SALL A., « Synthèse des travaux du colloque de Lomé » des 13 et 14 juin 2011, *Les Tabous du constitutionnalisme en Afrique*, 6P.

-TOURE M. « L'intervention de l'ONU au Mali », à paraître.

-LE DIVELLEC A., *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, thèse, 2004.

-Constitution malienne du 25 février 1992.

-Constitution française du 27 octobre 1946.

-Constitution malienne du 22 septembre 1968.

-Constitution malienne du 2 juin 1974.

-Acte Fondamental du 2 juin 1974.

-Ordonnance n°1/CMLN du 28 novembre 1968.

-Ordonnance n°79-42/CMLN du 11 mai 1979.

-Ordonnance n°79-45/CMLN du 15 mai 1979.

-Loi n° 92-012 du 17 septembre 1992.

-Loi n° 2012-011 du 24 février 2012 fixant les émoluments et autres avantages accordés au président de la République, du Mali, *Journal Officiel* n°9 du 2 mars 2012, p. 322.

-Loi n° 2012-012 du 24 février 2012 relative à la pension et aux avantages accordés aux anciens présidents de la République, du Mali, *J.O.* n° 9 du 2 mars 2012, p. 322.-323.

-*Arrêt* n° CC-EL 97-046 du 25/04/1997.

-*Arrêt* n°2020-04/CC-EL du 30 avril 2020, portant proclamation des résultats définitifs de l'élection des députés à l'Assemblée nationale

-Rapport : « Pour la consolidation de la démocratie au Mali » du comité d'experts de la mission de réflexion sur la Consolidation de la démocratie au Mali présidé par Daba DIAWARA.

-KEBA MBAYE, « L'éthique, aujourd'hui », Leçon inaugurale donnée à l'Université Cheick Anta DIOP de Dakar le 14 décembre 2006, p. 2-3.

-(<https://www.jeuafrique.com/196373/politique/moussa-traor-codamn-la-tranquilit/>).

-[http://www./dw.com/fr/une-r%C3%A9%C3%A9lection-sur-fond-de-faible-taux-de-participation-au-Mali-/a-45111821](http://www.dw.com/fr/une-r%C3%A9%C3%A9lection-sur-fond-de-faible-taux-de-participation-au-Mali-/a-45111821))

-[https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/11/au-Mali-le-pouvoir-fait-arreter-des-leaders-de-la-contestation-dans-un-climat-de-fortes-tension\\_6045962\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/11/au-Mali-le-pouvoir-fait-arreter-des-leaders-de-la-contestation-dans-un-climat-de-fortes-tension_6045962_3212.html)).

-([https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droitconstitutionnel/dissertation/président-republique-responsabilité-politique-472867.html?utm\\_source=sameTitle](https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droitconstitutionnel/dissertation/président-republique-responsabilité-politique-472867.html?utm_source=sameTitle)).



**L' « ARBRE A PALABRES » DANS LA RESOLUTION DES  
CONFLITS EN AFRIQUE NOIRE TRADITIONNELLE :  
CAS DES DIDA DE COTE D'IVOIRE**

**docteur KRAGBE Azowa Gilles,  
enseignant-chercheur à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké  
UFR des Sciences Juridique, Administrative et de Gestion.  
Adresse : 01 bp V 18 Bouaké 01 Courriel : krawagi@yahoo.fr  
Tel : +22503698062 / +22549572181**

**Résumé :** *L'article traite d'une institution de régulation sociale dans les sociétés africaines, à savoir l'« arbre à palabres ». C'est une forme de juridiction invitant les autorités traditionnelles et les acteurs impliqués dans un conflit à un dialogue autour d'évènements particuliers qui rythment la vie sociale. Ce mécanisme de résolution des conflits vient fréquemment combler l'écart entre les besoins de la communauté et les services proposés par l'appareil judiciaire officiel. Dans la société dida, c'est ce mécanisme qui tranche la vaste majorité des litiges. Cela vaut surtout dans les zones rurales, où les communautés locales sont profondément attachées à l'application du droit traditionnel dans leurs rapports mutuels. A travers cette étude, il s'agit de démontrer que la palabre africaine, exclue de la cartographie du système judiciaire officiel et reléguée au rang des pratiques dites indigènes, peut définir les conditions de faisabilité d'une justice équitable dans nos Etats. A cet effet, l'« arbre à palabres » présente un profil démocratique du fait qu'il prend appui sur la représentation communautaire. Aussi, milite-t-il contre une vision très pénale de la société africaine contrairement au système judiciaire officiel. Les décisions qui découlent de cette institution l'attestent du fait qu'elles ont un caractère consensuel et une fonction thérapeutique. Dans la palabre, le juge ne se limite pas à dire le droit, mais se base sur l'éthique pour garantir la cohésion sociale. Cette conception de la justice*

*favorise l'expulsion de la violence au sein des sociétés traditionnelles africaines.*

**Mots clés :** *L'« arbre à palabres », justice, société dida, conflits, démocratie, cohésion sociale*

**Abstract:** *The article dwells on a social regulation in African societies, namely the « palaver tree ». It is a form of jurisdiction inviting traditional authorities and actors involved in a conflict to a dialogue around particular events that punctuate social life. From the example taken in the Dida society of Côte d'Ivoire, this conflict resolution mechanism frequently bridges the gap between the needs of the community and the services offered by the formal justice system. In this society, it is this mechanism that settles the vast majority of disputes. This is especially true in rural areas, where accessing formal courts can be particularly difficult. Through this study, the aim is to demonstrate that the African palaver, excluded from the mapping of the official legal system and relegated to the rank of so-called indigenous practices, can define the conditions for the feasibility of fair justice in our States. To this end, the « palaver tree » has a democratic profile because it relies on community representation. Also, the palaver militates against a very penal vision of African society, unlike the official judicial system. The decisions stemming from this institution attest to the fact that they have a consensual character and a therapeutic function. In the palaver, the judge does not limit himself to stating the law, but he bases himself on ethics to guarantee social cohesion. This conception of justice promotes the expulsion of violence from traditional African societies.*

**Keywords:** *The « palaver tree », justice, dida society, conflicts, democracy, social cohesion*

La civilisation africaine est par essence communautaire. Les Africains placent donc au cœur de leur mode de vie le bien-être de la communauté au-dessus de celui des individus. Toutefois, à l'instar de toute société humaine, la cohabitation dans la vie communautaire

n'est pas toujours sans tension. C'est dans ce cadre que les sociétés négro-africaines ont établi des mécanismes endogènes de maintien de la paix. Il s'agit notamment des alliances à plaisanterie, des rituels ordaliques et l'« arbre à palabres »<sup>1</sup>.

Une alliance à plaisanterie est une pratique sociale typiquement d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale qui autorise ou oblige des membres de certaines ethnies ou des habitants de telle région, territoire et province à se moquer ou s'insulter, et ce sans conséquence. Ces affrontements verbaux sont analysés par les anthropologues comme des moyens de décrispation, de cohésion ou réconciliation sociale, voire une pratique sacrée<sup>2</sup>. Quant aux rituels ordaliques, il s'agit d'une forme de procès à caractère religieux qui consiste à soumettre un suspect à une épreuve, potentiellement mortelle, dont l'issue, théoriquement déterminée par une divinité, permet de conclure à la culpabilité ou à l'innocence dudit suspect<sup>3</sup>.

Au sein de ces mécanismes, l'« arbre à palabres » a retenu notre attention en raison de son particularisme dans la résolution des conflits communautaires. La « palabre » désigne des échanges verbaux qui peuvent prendre la forme d'âpres discussions et même d'une véritable dramaturgie sociale. Ce terme est également synonyme de dispute. « Faire palabre » signifie offenser une personne ou causer une mésentente<sup>4</sup>. La maxime « Asseyons-nous et discutons »

---

<sup>1</sup> N. BAGAYOKO et F. R. KONE, « Les mécanismes traditionnels de gestion des conflits en Afrique subsaharienne », Centre FrancoPaix en résolution des conflits et missions de paix, Rapport de recherche n° 2, Montréal (Québec) Canada, juin 2017, 60 p.

<sup>2</sup> Henri Légré OKOU, *Les alliances à plaisanterie*, Colloque international sur le thème *Royautés, chefferies traditionnelles et nouvelles gouvernances : arts, cultures et brassage des peuples* - Université des Temps Libres - Tiassalé (Côte d'Ivoire) - 1<sup>er</sup>-7 août 2005.

<sup>3</sup> R. JACOB, « La parole des mains. Genèse de l'ordalie carolingienne de la croix », *Les Rites de la justice. Geste et rituels judiciaires au Moyen Âge*, dir. C. GAUVARD et R. JACOB, Le Léopard d'or, Paris, 2000.

<sup>4</sup> B. THIerno, « Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire », Édouard MATOKO (dir.) *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits*, 1999. Paris : UNESCO.

fréquemment utilisée en contexte de tension sociale par les leaders politiques ivoiriens résume l'esprit de cette méthode de la « palabre ».

C'est pourquoi l'on peut noter qu'il existe plusieurs types de « palabres ». Nous avons les palabres iréniques, tenues en dehors de tout conflit (à l'occasion d'un mariage, d'une vente, d'une prise de décision, etc.) et les « palabres » agonistiques qui font suite à un différend. Le contexte de cette étude est d'envisager la « palabre » au sens agonistique, c'est-à-dire la « palabre » engagée dans la prise en charge des différends<sup>5</sup>.

Ces échanges se tiennent toujours dans un lieu chargé de symboles, appelé l'« arbre à palabres ». Par définition, l'« arbre à palabres » est un lieu traditionnel de rassemblement dans lequel les citoyens s'expriment librement sur la vie en société, sur les problèmes du village, sur la politique à mener et sur l'avenir<sup>6</sup>. C'est également une forme de juridiction invitant les autorités traditionnelles et les acteurs impliqués dans un conflit à un dialogue autour d'événements particuliers qui rythment la vie sociale.

L'« arbre à palabres » s'est progressivement développé au fil du temps du fait de l'évolution générale de la société. Ce mode de régulation sociale s'est propagé dans différentes aires géographiques en suivant les migrations humaines. Elle s'est manifestée dans la construction des biens publics communs avec les pyramides dans l'ancienne Égypte. La Grèce antique, qui reçut ce savoir de l'Égypte pharaonique, fut la première à en bénéficier en créant l'agora<sup>7</sup>.

Il s'est manifesté dans les discours de l'orateur Démosthène (384-322) à Athènes, et, trois siècles plus tard, dans les discours de Cicéron, puis dans l'organisation de la société à Rome. La même volonté d'organiser la vie des hommes en société fut marquée par la plume de

---

<sup>5</sup> K. D. BAKOMBA, « La palabre africaine », *Les imaginaires*. 1976, Paris : Union Générale d'Éditions.

<sup>6</sup> L. SYLLA, « Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré. Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines ». *Annales de l'Université d'Abidjan*. Série D, Lettres, littérature, 1980, 13 : 67-106.

<sup>7</sup> F. DIANGITUKWA, « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'« arbre à palabres » ». *Revue Gouvernance*, 11 (1). 2014, en ligne sur <https://doi.org/10.7202/1038881ar>. visité le 20/08/2020.

Jean-Jacques Rousseau dans son livre *Du contrat social* et dans le l'ouvrage d'Alexis de Tocqueville intitulé *De la démocratie en Amérique*. Partout où il y a eu la présence humaine, il y a également eu la recherche de la paix et du bonheur terrestre pour contrer les abus de l'homme en société<sup>8</sup> Les échanges sous l' « arbre à palabres » ont donc la vertu de suspendre, par le discours, la violence contenue dans un conflit. Comme le reconnaît Anne-Cécile Robert, « la palabre constitue le vecteur essentiel du dialogue social. Elle constitue un moyen d'adoption des décisions importantes et un mode de résolution des conflits »<sup>9</sup>. C'est dans ce lieu de rencontre que la sagesse africaine se manifeste dans sa grandeur. Dans ce contexte, elle met au centre des préoccupations de la communauté humaine, la concertation et le dialogue.

Par définition, le conflit est un affrontement ou heurt entre forces opposées pour des divergences d'intérêts. Plus simplement, on peut dire que le mot « conflit » exprime un désaccord entre deux ou plusieurs personnes dans un rapport de forces<sup>10</sup>. De cette définition, le conflit traduit antagonismes et oppositions, luttes et hostilités dans les rapports sociaux. Les conflits naissent principalement de l'échec de communication lors d'interactions culturelles en situations de crise<sup>11</sup>.

Les manifestations de la palabre varient suivant le type de conflit à traiter. Ces manifestations vont des plus simples au niveau de la tribu, aux plus élaborées et aux plus complexes dans les sociétés à lignage, dans les royaumes ou les empires. Les citoyens trouvent là l'occasion de se plaindre et de régler tout genre de contentieux sans que les protagonistes soient lésés. Ce lieu facilite le maintien du lien social.

---

<sup>8</sup> E. MATOKO, T. BAH, *et al.* : *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*, préface de Frédéric MAYOR, Publication UNESCO 1999.

<sup>9</sup> A.-C. ROBERT, *L'Afrique au secours de l'Occident*, préface de Boubacar Boris DIOP, postface de Pierre KIPRE. Éditions de l'Atelier, 2006 (1<sup>re</sup> édition : 2004).

<sup>10</sup> J.-L. BOILLEAU, *Conflit et lien social. La rivalité contre la domination*, 1995, La Découverte/MAUSS, Paris.

<sup>11</sup> G. SIMMEL, *Le conflit*. Paris : Circé, coll. Circé Poche, 1995, 158 p.

A travers cette étude, il s'agit de démontrer que la « palabre africaine », exclue de la cartographie du système judiciaire officiel et reléguée au stade des pratiques dites indigènes, peut définir les conditions de faisabilité d'une justice équitable dans nos Etats. Ce mécanisme vient fréquemment combler l'écart entre les besoins de la communauté et les services proposés par l'appareil judiciaire officiel. Cette réalité se démontre par le fait que les communautés locales sentent plus le besoin de régler leurs différends par le biais du droit traditionnel que par le droit moderne. Cela vaut surtout dans les zones rurales, où ces communautés vivent de manière prépondérante au rythme des us et coutumes locales.

Ainsi, ce mécanisme de règlement des différends communautaires peut servir de référence aux procédures de la justice contemporaine dans le cas particulier de la Côte d'Ivoire. Ce mécanisme est au cœur de la démocratie délibérative qui connaît aujourd'hui un succès retentissant, en particulier dans le monde anglo-saxon. Bon nombre de pays occidentaux la remettent à l'honneur chaque fois qu'il y a un conflit à régler ou qu'il faut interpréter le droit<sup>12</sup>.

Pour rendre plus pratique notre réflexion sur l'« arbre à palabres », nous lui avons donné un terrain d'étude. L'analyse nous a donc conduit vers un peuple forestier du Sud de la Côte d'Ivoire pour cerner l'importance de cette institution traditionnelle dans la manifestation de la justice africaine. Il s'agit des Dida, peuples qui font partie, avec les Bété, les Guéré et les Wobé, du grand groupe ethnique krou de la Côte d'Ivoire forestière<sup>13</sup>.

Le pays dida se caractérise par l'absence de pouvoir politique centralisé et les structures sociales sont stratifiées en villages et en lignages. Les dida qui possèdent une organisation sociale de type

---

<sup>12</sup> A.-C. ROBERT, *op. cit.*

<sup>13</sup> G. J. P. GNETO, « Les Dida et leurs alliés en Côte d'Ivoire : modalités et sens d'un rapprochement fécondant », in *Revue Africaine d'Anthropologie, Nyansa-Pô*, n° 24 - 2017.

patrilinéaire bénéficient d'une culture qui constitue le gage de fonctionnement de l'arbre à palabre<sup>14</sup>.

Notre étude s'est focalisée sur les Dida de la région de Divo (région du Loh Djiboua), région administrative du Sud-Bandama située au Centre-Sud du pays. Cette région appartenant à la région administrative du Sud-Badama, est située dans la zone forestière au sud-ouest de la Côte d'Ivoire. Ce département est limité à l'est par les Baoulé de Tiassalé, à l'ouest par les Bété de Gagnoa, au nord par les Gban ou Gagou et les Kweni ou Gouro d'Oumé, et enfin, au sud par les Godié de Fresco et les Avikam de Grand-Lahou où vit une partie des Dida : les villages de Yokoboué et de Lauzoua<sup>15</sup>.

En effet, Divo est une région qui a su préserver son patrimoine traditionnel de règlement des conflits et fait partie d'une aire culturelle sur laquelle l'on peut s'appuyer pour mettre en évidence, les vertus de la palabre en Côte d'Ivoire. En outre, c'est une localité qui a su préserver la paix sociale dans ses milieux ruraux où la pratique du *Tité Djré* (l'« arbre à palabres ») est beaucoup mise en évidence pour juguler les conflits communautaires (*tou*). Le recours à cette juridiction traditionnelle y est fortement enraciné dans les mœurs, malgré l'existence d'un tribunal de première instance dans la grande ville de Divo. Cette dernière observation relance l'intérêt de la palabre qui résiste au temps dans une société en pleine mutation du fait de la modernité<sup>16</sup>.

Les enquêtes se sont déroulées dans trois des villages de cette région qui appartiennent au canton Abohiri (Nébo, Gnehiri et Krezoukoué). Les recherches nous ont permis d'appréhender le système traditionnel dida dans son appropriation de ce mécanisme traditionnel de règlement des conflits communautaires. Alors,

---

<sup>14</sup> E. TERRAY, « L'organisation sociale des Dida de Côte d'Ivoire », in *Annales de l'Université de Côte d'Ivoire*, 1969, Série F : 375.

<sup>15</sup> G. J. P. GNETO, *Les Dida, origines, migrations et peuplements*, Thèse de doctorat unique, Abidjan, Université de Cocody, 2012, 537 p.

<sup>16</sup> E. BERNUS et S. VIANES, « Traditions sur l'origine des Dida Mamini du canton Wata », *Notes Africaines* IFAN, Dakar, n° 93, p. 20-23 et n° 94, 1962, p. 63.

comment se présente la structuration de l'arbre à palabre dans la société dida, et dans quelles conditions cette institution abrite-t-elle le procès dans l'application de la justice traditionnelle ?

Aux termes de nos enquêtes et nos études, nous pouvons retenir que dans l'institutionnalisation de l'arbre à palabre, les dimensions structurelles et fonctionnalistes sont toujours présentes. Il est important de retenir que ces deux dimensions prennent nécessairement appui sur la participation communautaire. Cette démarche nous conduira donc à examiner d'abord la structuration de l'arbre à palabre (I). L'étude de cette structuration permettra d'entamer le procès sous cette institution (II).

## **I. La structure de l' « arbre à palabre »**

L' « arbre à palabre » est une structure fonctionnant sur la base de deux grandes dimensions. D'abord, c'est une assemblée plénière dirigée par un conseil des sages. Ensuite, ce conseil est lié par l'avis de la représentation communautaire.

### ***A. Une assemblée plénière dirigée par un conseil des sages***

Le conseil des sages est un organe délibérant de l' « arbre à palabre » composé du chef du village et de ses notables. Il dispose d'un certain nombre de compétences dans le règlement des conflits communautaires. Par ailleurs fonctionne-t-il sur la base d'une procédure spécifique lorsqu'il est saisi d'un conflit.

#### *1. Les domaines de compétences du conseil des sages dans le règlement des conflits communautaires*

Au sein des systèmes de justice traditionnelle, les décisions sont prises sous l' « arbre à palabre » par un groupe d'ânés réunis en assemblée plénière qui guide la communauté. Le conseil des sages, autrefois appelé conseil des anciens est incorporé dans la chefferie ou



la royauté. Cet organe à caractère juridictionnel est dirigé par le chef de village ou le roi selon les aires culturelles<sup>17</sup>.

En pays dida, le chef se nomme en langue locale *chefo ou douto*. Selon les récits recueillis chez les Dida du *Loh Djiboua*<sup>18</sup>, le conseil des sages (*dègalè gnan la kande*) existe dans chaque village de la localité. Il est composé principalement du chef (*douto*), de son porte-parole (*chefo a woho gnintègnon*) et de ses notables (*chefo a guilignan*).

Les sphères de la compétence *ratione materiae* qui semblent propres à l'assemblée des sages sont diverses. A cet effet, les sages interviennent-ils dans la résolution des litiges de différentes sortes, notamment les questions de droit de la famille, les successions, les dommages matériels mineurs, les litiges fonciers, les faits de malédiction et de sorcellerie. En la matière, les sages utilisent les références aux liens des ancêtres ainsi que des approches religieuses pour résoudre un conflit.

A cet effet, dans la localité dida de Divo, le *douto* (chef) et ses notables peuvent prendre des mesures à caractère général ou des mesures purement individuelles pour autoriser ou interdire. Ils peuvent aussi interpréter la coutume ou la loi ancestrale au cours d'une instance sous l'arbre à palabre<sup>19</sup>. Les décisions du conseil des sages sont revêtues d'une grande autorité, car chez les Dida, la tradition prend appui sur le respect de l'autorité des anciens, détenteurs du pouvoir politique.

Dans ce cadre, cette assemblée joue un rôle primordial dans la résolution des litiges fonciers en zones rurales, où quelque 80 % des terres sont détenues en application du droit coutumier. Il s'agit d'une justice de proximité conférant au chef de village et à sa notabilité, une mission d'importance majeure. Selon le type de conflit, cette

---

<sup>17</sup> B. LUMBALA, « l'organisation du pouvoir traditionnel africain », *Le mois en Afrique*, n° 246, 1986, p. 116-125.

<sup>18</sup> Cité des éléphants.

<sup>19</sup> E. LEROY, « Réflexion sur une Interprétation anthropologique du droit africain. Le laboratoire d'anthropologie juridique », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, Paris, Tome 26, septembre 1972, p. 297-472.

assemblée prend une image différente : arbitre, chef de famille ou miroir du groupe social. Il se fait témoin de la complexité du rituel judiciaire.

Il en est de même des conflits concernant la femme (*gnonnon*). Il s'agit notamment de conflits de préséance à l'intérieur du ménage, divorce, paiement ou remboursement de dot, etc. Les secondes affaires, appelées (*woho cadè*) littéralement « affaires graves), concernent les délits : vol, blessure portée volontairement à un être humain, viol, adultère, homicide, etc.

Cependant, puisque les infractions précitées sont de nature à troubler l'ordre public, les affaires impliquant un acte criminel doivent en priorité être dénoncées à la police ou à la gendarmerie locale. Toutefois, du fait des carences de la justice étatique et la préférence accordée au règlement des différends par des autorités traditionnelles, ces autorités traditionnelles dans la pratique jugent certains cas de conduite criminelle (adultère, vol...).

La sorcellerie est un sujet qui mérite d'être examiné dans le contexte de l'arbre à palabre. Dans la plupart des pays africain, notamment la Côte d'Ivoire, les mécanismes de justice traditionnelle sont mieux outillés pour connaître des actes de sorcellerie. Les accusations de sorcellerie peuvent faire éclater des conflits entre différents membres d'une communauté, et les sages peuvent proposer leur médiation pour régler le conflit<sup>20</sup>.

Il convient de relever que la justice étatique peut rechigner à intervenir dans ce type d'affaires et peut, en fonction des circonstances, s'en remettre aux chefs traditionnels. Les textes étatiques n'ayant pas de dispositions appropriées pour encadrer ce phénomène, ce sont les pratiques traditionnelles qui donnent des solutions au litige<sup>21</sup>. En outre, les croyances locales tiennent une place importante en matière de sorcellerie. Elles renforcent le pouvoir de l'« arbre à palabres » à travers son conseil de sages dans l'exercice de

---

<sup>20</sup> S. C. ABE & C. ABEGA, « Approches anthropologiques de la sorcellerie », in É. DE ROSNY (dir.), *Justice et sorcellerie*, Paris, Karthala-Presses de l'UAC, 2006, p. 33-45.

<sup>21</sup> B. BADIE, *L'État importé*. 1992, Paris : éditions Fayard.

leurs fonctions judiciaires. C'est dans ce sens que, sous le contrôle de cette institution, d'autres sujets délicats intéressant le sort de la collectivité dans son ensemble sont discutés sous l'arbre à palabre. Il s'agit notamment du déplacement du village, l'entrée en guerre ou encore la conclusion d'une alliance.

Dans ce contexte, le chef de ce conseil ne tranche pas tout seul. Il n'impose pas non plus ses décisions et prend rarement les initiatives. Pour toutes les questions si importantes soient-elles, il est instauré des discussions « des palabres ». Ces conseils dégénèrent souvent en de véritables assemblées populaires, où chacun expose son point de vue. Cependant, à l'issue des débats houleux et après avoir écouté et recueilli l'avis de l'Assemblée, le plus ancien, le chef de village ou de tribu prend une décision finale. Eu égard au caractère démocratique des décisions qui en ressortent, l'on a qualifié ce système de gouvernance de démocratie villageoise.

En raison de son caractère démocratique, le conseil des sages a été exporté en dehors de l'Afrique. Monsieur Kofi Yamgnane, Français d'origine togolaise a instauré un *conseil des anciens* dans la commune de Saint-Coulitz dont il était maire (1989-2001) afin de renouer avec la pratique de la palabre dont il avait fait l'expérience au Togo. En France, les conseils des sages ont été instaurés au nom de la démocratie participative et sont considérés comme une forme de réponse efficace de la part des municipalités. Son institutionnalisation permet de promouvoir la participation des retraités à la vie de la cité. Elle permet également d'enrichir la démocratie locale, tout en favorisant la solidarité intergénérationnelle entre les habitants de la commune. D'autres municipalités ont imité cette initiative<sup>22</sup>.

Mais dans cette organisation sociale, aucun chef de village et son conseil, n'est compétent pour attribuer des terres. Dans cette société, le conseil des sages n'est qu'une structure d'organisation et

---

<sup>22</sup> C. QUIBEL, « Pouvoir d'agir sur les décisions locales : le cas des conseils des sages », dans *Gérontologie et société* 2012/4 (vol. 35 / n° 143), p. 77 à 81, en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2012>. visité le 27/08/2020.

d'encadrement du contentieux foncier à l'écoute des lignages, détentrices de la propriété foncière<sup>23</sup>.

A cet effet, sous l'« arbre à palabre », le conseil des sages se contente d'entériner l'entente convenue entre les lignages et les particuliers dans le cadre des contestations existant dans les litiges fonciers. Toutes ces compétences dont jouit le conseil des sages sont enfermées dans une procédure spécifique lorsque cet organe est saisi.

#### *2. La procédure spécifique dans la saisine du conseil des sages*

L'« arbre à palabres » est le lieu par excellence de la procédure. Tout y est l'objet d'une négociation, d'une consultation commençant par la saisine du conseil des sages. « *La Palabre* » dans sa pertinence, insiste sur l'importance des procédures qui rendent les conflits négociables, parce qu'ils permettent à ces conflits de *s'exprimer*. Mais citer une personne à comparaître devant l'arbre à palabre est généralement considéré comme une situation troublant la paix familiale. Alors les parties sont encouragées dans certains cas, à régler de prime abord le litige en famille ou devant le chef de lignage avant de saisir les sages du village.

Chez les Dida, lorsqu'un conflit surgit entre deux membres du même lignage, l'affaire est portée devant l'aîné du groupe (*n'tcha kpassa*). Elle ne sort du cadre familial que si celui-ci y est lui-même impliqué ou s'avère incapable de réconcilier la famille. Il y a deux raisons fondamentales à cela : la première consiste à sauvegarder l'harmonie familiale et la seconde à alléger la charge de travail de l'arbre à palabre qui a une compétence communautaire.

Il faut ajouter que, dans le cas d'un litige, c'est le plus souvent un des protagonistes qui prend l'initiative d'informer le chef du village afin qu'il réunisse le conseil des sages. Le processus qui se déroule en plusieurs étapes est en général présidé par le chef du village. Le début du processus consiste à faire part au chef de la nature du problème à

---

<sup>23</sup> D'aby AMON, *Le problème des chefferies traditionnelles en Côte d'Ivoire*, Editions Larose, Paris, 1958.

résoudre en vue de convoquer ses notables. Cette procédure permet de préparer le procès avant le jour des assises<sup>24</sup>.

Il convient d'en déduire que, dans les traditions africaines, un procès est toujours précédé d'enquêtes préliminaires ou d'une instruction préparatoire comme c'est le cas devant les juridictions étatiques. C'est une phase extrêmement importante permettant la manifestation de la vérité. Cette phase relève de la compétence des sages par ordonnance du chef. Ceux-ci enquêtent sur la nature du conflit, les parties prenantes et la véracité des faits allégués par la partie poursuivante. Pour cela, ils approchent les chefs de familles et de quartiers, les parents et amis, mais aussi toutes les parties en conflit.

Il existe cependant une hiérarchie et un protocole dans l'écoute des principaux acteurs dans cette procédure. La mise en récit du conflit à régler constitue un premier enjeu du fonctionnement démocratique de cette justice. Il s'agit d'interroger prioritairement les vieillards avant les jeunes. C'est l'âge qui confère aux personnes âgées la toute-puissance d'agir au nom des ancêtres dont ils sont par définition les plus proches. Il est considéré que ce grand âge, symbole de sagesse, les préserve de toute position partisane et les incite aussi au compromis et à la pondération<sup>25</sup>.

Cette vision se fonde également sur une autre conception de l'âge en droit traditionnel. En droit traditionnel, les personnes les plus élevées en statuts et en droit sont les dieux, les ancêtres et les chefs. C'est pourquoi, la hiérarchie des droits s'ordonne à partir de l'ancêtre. Ainsi, les personnes les plus âgées qui se rapprochent de l'ancêtre fondateur ont de plus en plus de droits que les moins âgées.

Au regard de ce qui précède, « la palabre » traite des problèmes en allant en profondeur (origine d'un conflit et son historique) afin d'éviter des confusions permanentes lors des assises. Munis de ces informations, les sages informent le chef de l'issue de la procédure préliminaire pour lui permettre de choisir une date de début des

---

<sup>24</sup> J. LOHISSE, *Les systèmes de communication, approche socio anthropologique*, Paris : Armand Colin, 1998, 194 p.

<sup>25</sup> J.-D. REYNAUD, *Le conflit, la négociation et la règle*, Octares, 1995.

assises, en étroite collaboration avec les chefs de familles. La nature participative de la phase préliminaire illustre à bien des égards l'objectif visant à rétablir un équilibre et une harmonie au sein de la communauté, ainsi qu'à encourager la responsabilité collective<sup>26</sup>.

Du point de vue des recours, les faits sont jugés en principe en premier ressort devant l'arbre à palabre et en appel par une instance traditionnelle supérieure. Mais dans la pratique, les sages suivent des procédures qui lui sont propres dans les conflits auxquels l'arbre à palabre est appelé à résoudre. C'est ainsi que dans l'ordre judiciaire *didá*, nous avons deux types de juridictions. Il y a d'abord la juridiction villageoise (*Tité Djré ou tchrikpo*) habilitée à connaître des conflits qui opposent d'une part à l'intérieur de la même communauté de résidence des membres de lignages différents, et d'autre part des parties de villages différents. Dans ce dernier cas, le plaignant peut indifféremment s'adresser au chef de son propre village ou à celui du village de l'adversaire.

Nous avons ensuite la juridiction tribale ou cantonale (*canton djre*) qui reçoit également tant les affaires civiles que criminelles. Il n'existe en réalité pas de gradation entre ces différentes instances. Chacune de ces Cours peut entendre un plaignant en appel, quel que soit le juge du premier jugement. Ce qui importe au fond, c'était moins la composition du tribunal qui connaît de l'affaire que l'administration de la preuve (l'ordalie), seule déterminante pour désigner le coupable. Ces autorités judiciaires sont respectées non pas parce que leur pouvoir inspire la crainte, mais parce que la société reconnaît la légitimité du processus dont ils assurent les commandes<sup>27</sup>.

Après leur accession à l'indépendance, certains États ont tenté de supprimer les systèmes de justice traditionnelle et il est arrivé que ces systèmes subsistent encore dans tous les pays africains en dépit de leur ignorance par les pouvoirs publics. Leur résistance à la modernité

---

<sup>26</sup> J.-D. REYNAUD, *Les Règles du jeu : L'action collective et la régulation sociale*, Armand Colin, 1989.

<sup>27</sup> E. LE ROY, « L'évolution de la justice traditionnelle dans l'Afrique francophone », in *Revue Canadienne des Études Africaines*, vol. 9, n° 1 (1975), p. 75-87

est liée à leur enracinement dans la mémoire collective du fait de leur utilité intergénérationnelle. Cependant, il convient de noter que la gestion des conflits par le conseil des sages reste liée par l'avis de la représentation communautaire dans l'organisation de l'arbre à palabre<sup>28</sup>.

***B. Un conseil des sages lié par l'avis de la représentation communautaire***

Dans son principe, la palabre est ouverte à tous en vertu de son caractère démocratique. Raison pour laquelle, elle est liée par la consultation incontournable des groupements lignagers. Cependant, cette participation communautaire est empreinte d'un caractère mysogine.

*1. La consultation incontournable des groupements lignagers*

L'organisation des sociétés négro-africaines a pour but premier la recherche de l'unité du clan et la cohésion de ses membres. L'individu s'y définit à travers un faisceau d'éléments tenant à la structure sociale, politique, religieuse et économique de la communauté à laquelle il appartient. Il provient tout d'abord d'une ethnie, d'un clan, d'une caste, d'une famille. Un tel système rend l'humain solidaire de sa société de sorte qu'il ne peut y avoir exclusion.

C'est en cela qu'il s'organise principalement autour de la notion de parenté qui peut être définie comme une communauté d'individus se réclamant d'un ancêtre commun. C'est le cas du lignage qui est un groupe social formé par l'ensemble des individus se considérant comme descendant, soit en ligne agnatique (patrilignage), soit en ligne utérine (matrilignage). Ainsi, tous les descendants d'un même grand-

---

<sup>28</sup> C. ANTA DIOP, *L'Afrique noire précoloniale. Etude comparée des systèmes politiques et sociaux de l'Europe et de l'Afrique noire de l'antiquité à la formation des Etats modernes*, Paris, Présence Africaine 1960.

père forment un même lignage. Les sociétés traditionnelles ivoiriennes sont organisées autour de ces liens<sup>29</sup>.

Sur cette base, la « palabre africaine » refuse de confier exclusivement la gestion des conflits communautaires au conseil des sages. La résolution des conflits est une affaire collégiale où les groupements lignagers sont impérativement impliqués. Lorsque les principales sphères sociales débattent, elles échangent leurs opinions et discutent de concert sur les principales questions d'ordre public<sup>30</sup>. Dans ce sens, les autorités lignagères doivent faire de neutralité pour éclairer les sages dans la prise de décision. Cette réalité est illustrée par le professeur Néné Bi en ces termes : « La présence de l'assistance neutre s'explique par le fait qu'aucune affaire concernant une partie du corps social ne laisse indifférent les autres parties du corps »<sup>31</sup>.

En l'espèce, les institutions lignagères demeurent le premier contre-pouvoir du conseil des sages en ce sens que leur présence aux débats permet d'aboutir à un procès démocratique, ouvrant ainsi le champ à des décisions objectives. A la tête de chaque lignage, se trouve l'aîné de la famille qui a le statut d'un « pater familias ». Dans ce contexte, ce doyen de lignage détient une fonction morale et juridique. Il a donc la charge de régler les problèmes socio-économiques, politiques et religieux de la famille.

Le domaine dans lequel, les lignages sont régulièrement consultés par le conseil des sages demeure le règlement des conflits fonciers. Les lignages étant les structures détentrices de la propriété foncière traditionnelle en Afrique noire<sup>32</sup>. A cet effet, le chef de lignage a une

---

<sup>29</sup> Pedone, 1974 : *Droit occidental et conception négro-africaine de la famille*. Rapport à la conférence de l'association internationale des sciences juridiques. juillet 1977. in *Genève-Afrique* vol. 15 n° 2, 1977-1978.

<sup>30</sup> C.-H. PERROT, Lignages et territoire en Afrique aux xviii<sup>e</sup> et xix<sup>e</sup> siècles. Stratégies, compétition, intégration, Cahiers d'études africaines, 175 | 2004.

<sup>31</sup> S. NENE BI, « dire le droit ou la re-creation de la paix » in *Revue Sénégalaise de Droit*, n°11-2013 Dire le droit en Afrique francophone, p. 90-91.

<sup>32</sup> M. BACHELET, « Titulaires de droits fonciers coutumiers », dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Droit des Biens* (Tome 5) Abidjan, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, p. 59-70.



plénitude de compétences et accomplit tous les actes de gestion en tant que chef de terre du domaine lignager. Il dispose à cet effet du droit d'exprimer la volonté familiale devant le conseil des sages lorsqu'il est consulté sur une question d'intérêt communautaire<sup>33</sup>.

La région de Divo où nous avons mené nos enquêtes est une société dont l'organisation sociale repose sur les lignages (*lokpa* en Dida)<sup>34</sup>. Chez les Dida, le lignage est la structure sociale qui vient après l'ancêtre fondateur dans la hiérarchie sociale. Le lignage porte un nom spécifique, celui du *sekpé* (filet). Par exemple, la tribu Bagrouboué du canton Zédié (sous-préfecture de Divo) comprend trois villages (*Gnahoulilié, Godililié, Yobililié*). Les membres de cette tribu déclarent descendre d'un ancêtre fondateur commun nommé Bagrou, dont la tribu tire son nom, *Bagrouboué* signifiant « les enfant de Bagrou ». C'est dans ce cadre que les lignages sont propriétaires de zones de « forêts noires » ou forêt primaire (en Dida *kokpa*) existant dans les villages.

Dans les trois villages enquêtés du canton Abohiri, on trouve un lignage qui est considéré par les autres comme le propriétaire de la terre ou de la forêt. L'homme le plus âgé de ce lignage est le *dodoto* (père de la terre), terme qui s'applique aussi bien au *lokpa* qu'à son doyen. Les fonctions et les privilèges du *dodoto* et de son lignage sont d'ordre religieuse : ils sont dus au fait que ses ancêtres sont les premiers à être entrés en contact avec les esprits (*ziri*) du lieu. C'est le lignage du *dodoto* qui a opéré le partage de la terre entre les différents lignages qu'il a accueillis<sup>35</sup>.

En outre, il appartient à cette autorité coutumière d'autoriser l'installation des étrangers. L'étranger qui désire s'établir au village et défricher des terres appartenant au village, doit, outre l'argent,

---

<sup>33</sup> G.A. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre ; Droit foncier et droits de propriété en Afrique occidentale*, L'homme d'outre mer, Nouvelle série n° 8, Paris, Berger-Levrault. 1966, 288 p.

<sup>34</sup> Emmanuel TERRAY, 1969, « L'organisation sociale des Dida de Côte d'Ivoire », in *Annales de l'Université d'Abidjan*, Série F T, I, Fasc 2.

<sup>35</sup> A. J. KOBLEN, 1963: « Land as an object of gain in a non literate society. Land tenure among the Bété and Dida (Ivory Coast) », in *African Agrarian systems*, édité par Daniel BIEBUYCK, Oxford University Press.

apporter au *dodoto*, un don symbolique. Le *dodoto* invoque alors le ciel, la terre et les ancêtres en ces termes « lagoon e dodon e atonua ne » et demande paix, longue vie et prospérité au nouvel arrivant.

En la matière, les litiges surviennent de manière récurrente du fait qu'il n'existe pas de preuves écrites relatives aux transactions immobilières, étant donné que la société traditionnelle est une société de l'oralité. A cet effet, les conflits éclatent lorsque les limites des parcelles sont contestées ou quand un propriétaire de terres vend une parcelle à deux, voire plusieurs acquéreurs différents<sup>36</sup>.

Les actes de location et de cession des terres n'étant pas passés par écrit, les contrats peuvent être remis en question à tout moment<sup>37</sup>. A cet effet, les opérations de prêt de terre ne sont pas assez différenciées des donations ou de la vente. Ainsi, l'on assiste couramment dans la zone forestière de Divo à des conflits axés sur l'accès aux ressources naturelles entre autochtones et étrangers (Dida/Mossi du Burkina-Faso, par exemple) et même entre nationaux (Dida /Baoulé notamment)<sup>38</sup>.

On se rappelle qu'en 1995, les tensions électorales (boycott des élections) avaient dégénéré en conflits fonciers et en expropriations foncières des allogènes baoulés par les autochtones dida. Ces conflits qui ont concerné aussi la communauté burkinabé, se sont soldés par des destructions de biens, des blessés et pertes en vies humaines. Ces problèmes seront accentués par la crise de septembre 2002 qui a frappé la Côte d'Ivoire.

Les chefs de villages, de concert avec les chefs de lignages du canton Abohiri ont décidé de s'investir dans le règlement des conflits fonciers, et d'œuvrer au rétablissement de la bonne cohabitation entre populations locales. Pour cela, ils ont décidé d'agir dans un cadre

---

<sup>36</sup> C. COULIBALY, 2015, *Problématique foncière et gestion des conflits en Afrique noire*, T. 1, *Des indépendances à la faillite des dictatures, 1960-1990*, L'Harmattan, Mali, p. 26-27.

<sup>37</sup> P. GONIDEC, précité.

<sup>38</sup> C. CHIKOUNA, *Migrations et mise en valeur de la basse Côte d'Ivoire (1920-1960)*, 2013, Paris, L'Harmattan.

purement coutumier, hors de toutes considérations politiques en vue de rechercher ensemble, les solutions appropriées aux conflits fonciers<sup>39</sup>. Les chefs de lignages se sont même engagés contre les ventes de terre dans la région. Une déclaration du collectif des chefs de lignages du département de Divo a été livrée lors d'une réunion des chefs coutumiers du département avec le préfet de région en 2005. Ceux-ci ont demandé aux paysans de mettre leurs terres en location plutôt que de les vendre ou de les "cadastrer" avant de les céder. Pour lui, « la vente des terres en pays dida est une réelle plaie ».

A cet effet dans le règlement d'un conflit, la présence des lignages permet au conseil des sages de prendre des décisions revêtues du sceau de la légitimité populaire. Il est donc logique que les structures lignagères approuvent la décision rendue puisqu'elles portent la responsabilité collective des fautes commises par leurs membres. La participation des lignages confère également une autorité au processus, ce qui est nécessaire pour s'assurer que les jugements sont exécutés et que ce système judiciaire local continue d'être utilisé par la communauté<sup>40</sup>.

Par ailleurs, le poids de la structure lignagère contribue à vider l'aveu individuel de toute valeur juridique. Cette conception s'explique par le fait que les parties en conflit convoquées devant l'arbre à palabre n'ont pas qualité pour engager le groupe social auquel elles appartiennent, lorsqu'il s'agit particulièrement d'un conflit foncier. Si la terre appartient à un lignage et si un membre quelconque de cette collectivité a donné, vendu ou lotie sans droit un champ, son aveu n'a aucune importance. Seul l'aveu du patriarche,

---

<sup>39</sup> J.P. CHAUVEAU, « Question Foncière et Construction Nationale en Côte d'Ivoire », *Politique Africaine*, 2000, 78, p. 94–125.

<sup>40</sup> Bert INGELAERE et al. *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent. La richesse des expériences africaines*. Stockholm : éditions IDEA (International Institute for democracy and electoral assistance. 2009. [http://www.idea.int/publications/traditional\\_justice/upload/inlay\\_TJ\\_French\\_web.pdf](http://www.idea.int/publications/traditional_justice/upload/inlay_TJ_French_web.pdf) [consulté le 11 mars 2020].

apte à engager le groupement lignager, présente un intérêt certain devant le conseil des sages<sup>41</sup>.

À cet effet, le rassemblement de ces acteurs permet à la communauté villageoise d'échanger, de renforcer ses liens et de se construire. L'évolution moderne du monde rural et urbain y trouve un outil précieux, de même que les sociétés occidentales qui redécouvrent un « brainstorming », c'est-à-dire une démocratie participative intelligente<sup>42</sup>.

La résilience de cette institution a conduit à une prise de conscience de la nécessaire adaptation des dispositifs officiels aux réalités culturelles africaines. Cela interpelle les pouvoirs publics à incorporer dans la démocratie africaine moderne des traditions qui fonctionnent durablement. On peut constater ce bouleversement positif dans les processus de démocratisation de nombreux pays (Bénin, Congo, Gabon, Tchad, etc.) où la palabre est prégnante<sup>43</sup>.

On peut aussi retrouver le recours aux traditions dans l'instauration des conférences nationales souveraines qui ne sont finalement que des palabres modernisées. Par exemple au Bénin, une transition pacifique d'un système autocratique à la démocratie s'est faite grâce à la conférence nationale qui s'est tenue en 1990. C'est également par la palabre que la dernière crise sociale de 2014 entre le gouvernement et les syndicats s'est résolue<sup>44</sup>. Toutefois, la participation communautaire à ce système fait entorse à la présence des femmes dans la prise de décisions. De là, découle son caractère misogyne.

---

<sup>41</sup> G. DIETERLEM, *La notion de personne en Afrique noire*, Paris, CNRS, 1981, 596 p.

<sup>42</sup> LALIBERTE j., « Réinventer la démocratie: pour une démocratie participative sans partis politiques et sans élections », Septentrion, Québec, 2011.

<sup>43</sup> M. GAZIBO, *Les paradoxes de la démocratisation en Afrique, Analyse institutionnelle et stratégique*, Thématique Sciences sociales, Presses de l'Université de Montréal, 2005, 294 p.

<sup>44</sup> F. EBOUSSI BOULAGA, *Les conférences nationales en Afrique noire : une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993, 229 p.

2. *Une participation communautaire empreinte d'un caractère misogyne*

Si dans son principe, la « palabre » est ouverte à tous, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une participation sélective. Cette participation est sélective, car basée sur le principe d'exclusion de la femme dans les assemblées villageoises. Les participants se différencient par leur statut de masculinité et les rôles qui y sont associés<sup>45</sup>.

— Dans l'organisation sociale des sociétés traditionnelles africaines en général, les femmes sont exclues des instances de décision à cause de l'inégalité des droits tenant au sexe. C'est le cas de la société dida qui est une société patrilinéaire dans laquelle le pouvoir politique est exclusivement détenu par les hommes (*gnodié*)<sup>46</sup>. Dans la région de Divo que nous avons enquêtée, c'est sous le regard vigilant des sages que se déroulent les assises de l'arbre à palabre (*Tité Djré*) qui n'est rien d'autre qu'une assemblée des hommes.

Malgré cette pratique inégalitaire de la représentation communautaire, les idées d'exclusion et de non-partage y sont frappées d'anathème. Comme toute société patrilinéaire, chez les Dida, la parole de l'homme (*gnodi a woho gnitoo*) prédomine, car dans cette société, la femme doit observer le silence vis-à-vis des affaires publiques. Nulle femme, quels que soient son âge et son statut social, ne peut assister à une réunion pour discuter de sujets, si graves soient-ils, touchant à la vie de la communauté. Même si la femme détient des secrets ancestraux, il lui est interdit de venir les brandir à titre de preuve contre une quelconque partie sous l'arbre à palabre<sup>47</sup>.

Dans ce contexte, il est particulièrement difficile pour une femme de saisir le conseil des sages et d'avoir la garantie que les décisions rendues soient exécutées à son actif. En outre, en raison des pressions

---

<sup>45</sup> P. GONIDEC, *Les Droits africains, évolution et sources*, Paris, LGDJ, Collection Bibliothèque africaine et Malgache, Droit, 1984, 278 p.

<sup>46</sup> E. BERNUS et S. VIANES, 1962 : « Traditions sur l'origine des Dida Mamini du canton Wata », *Notes Africaines* IFAN, Dakar, n° 93, p. 20-23 et n° 94.

<sup>47</sup> M. DACHER, *La civilisation de la Femme dans la tradition africaine*. Rencontre organisée par la Société africaine de Culture [compte-rendu], *Cahiers d'Études africaines* Année 1977 vol. 17, n° 65, p. 197

exercées par la famille et la communauté, il peut s'avérer plus difficile de régler le différend devant l'arbre à palabre lorsqu'une femme est victime des méfaits de son époux. Les chefs de familles préférant régler le différend dans l'intimité familiale pour sauvegarder l'honneur de l'homme contre tout affront<sup>48</sup>.

Par ailleurs, dans les systèmes patrilineaires, la femme n'a pas de vocation successorale. Dans cette logique, lorsque les biens sont répartis en cas de décès du mari, la famille de l'époux défunt se les voit attribuer. Vu les réalités de cet environnement, elle n'a donc pas qualité à saisir l'instance judiciaire traditionnelle pour faire valoir ses droits. Aussi, les pressions découlant du poids de la tradition peuvent également décourager les femmes à porter des litiges fonciers devant l'arbre à palabre même si elles voulaient en prendre l'initiative<sup>49</sup>.

Il existe cependant des exceptions où l'on assiste à la participation occasionnelle des femmes sous l'arbre à palabre. Il s'agit des cas où elles y sont invitées pour être entendues sur certains événements les concernant directement. Par ailleurs, les femmes jouent dans les sociétés traditionnelles patrilineaires, un rôle majeur dans les mécanismes de prise de décision même si l'organisation politique desdites sociétés semble indiquer le contraire. Leur influence sur l'ensemble des décisions est avérée malgré leur exclusion de l'arbre à palabre. C'est l'hypothèse de la participation indirecte. C'est une situation dans laquelle les femmes sont consultées secrètement en dehors des débats par leurs époux pour recueillir leur avis<sup>50</sup>.

Chaque fois qu'une décision importante doit être prise sous l'« arbre à palabres », l'affaire en discussion n'était jamais conclue à la première séance. En fait, il peut arriver que les hommes ne révèlent pas à leurs épouses les sujets de discussion, et prennent des décisions

---

<sup>48</sup> C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines. Histoire des femmes d'Afrique noire du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, Éditions Desjonquères, 1994, 395 p.

<sup>49</sup> K. HAMBERGER, « Matrilinearité et culte des aïeules chez les Éwé », in *Journal des africanistes*, p. 241-279, 79-1 | 2009.

<sup>50</sup> A. LEBEUF, « Le rôle des femmes dans l'organisation politique des sociétés africaines », in D. PAULME (éd), *Femmes d'Afrique noire*, 1960, Mouton.

pour les en informer a posteriori. Les sages reportent donc la décision au lendemain pour prendre le temps de discuter avec leurs épouses par application du célèbre adage « la nuit porte conseil ! ». La décision prise le lendemain avait été de fait soufflée par une femme : une épouse, une sœur ou une mère.

Parfois il se révèle que certains hommes, même après avoir voté en faveur d'une résolution confidentielle, en discutent après avec leur épouse et le lendemain, reviennent sur leur décision. Dès lors, le mythe soutenant qu'« en Afrique, les hommes décident de tout et les femmes ne sont que des subordonnées sans voix » ne représente pas la réalité.

Au contraire des sociétés traditionnelles patrilinéaires, les femmes jouissent d'une participation directe aux prises de décisions dans les sociétés de type matrilineaire. C'est le cas des peuples akans où les femmes occupent une place notable parmi les détenteurs du pouvoir politique. C'est l'exemple des Baoulé où la reine-mère occupe une place centrale dans la hiérarchie politique. Elle est le premier personnage dans la hiérarchie politique et sociale et représente la clé de voûte du système monarchique<sup>51</sup>.

C'est le cas également de la société agni où la reine-mère préside le conseil des femmes âgées de la cour notamment dans l'examen des arbres généalogiques lors des successions<sup>52</sup>. Nous constatons donc qu'à l'instar de la reine-mère, les femmes âgées ont un rôle de distinction dans toutes les sociétés akan en vertu du régime matrilineaire applicable dans ces sociétés. Elles ne siègent pas lors des réunions délibératives, mais elles sont toujours informées des affaires pendantes par les chefs de famille, qui sollicitent leurs conseils.

Leur rôle n'est donc pas de diffuser publiquement des connaissances historiques, mais d'assurer en privé leur conservation au sein de la famille. On pourrait à cet égard les rapprocher des conseillers occultes ou particuliers des chefs d'Etat dans les régimes

---

<sup>51</sup> Georges NIANGORAN-BOUAH, « Symboles institutionnels chez les Akan », *L'Homme*, 1973, XIII (1-2) : 207-232.

<sup>52</sup> D. AMON, *Croyances religieuses et coutumes juridiques des Agni de Côte d'Ivoire*, édition Larose, Paris, 1960. p. 29.

politiques modernes. Pour leurs connaissances généalogiques très précieuses pour le peuple, ces femmes âgées sont imprégnées de toutes les affaires familiales importantes, passées et présentes. A cet effet, elles sont entourées d'un grand respect au sein de ces groupes sociaux.

Ce constat relance la problématique de la participation des femmes dans les prises de décision dans les instances traditionnelles africaines. C'est pourquoi, depuis 2010, le Groupe des Sages de l'Union africaine (UA) a publié une réflexion sur les moyens de renforcer la participation des femmes aux négociations de paix afin de mieux sensibiliser aux effets de la guerre et des violences sexuelles en Afrique<sup>53</sup>.

La participation insuffisante des femmes à la prévention des conflits et aux négociations de paix fut également une préoccupation majeure du Conseil de sécurité des Nations unies dans la résolution 1325 (2000)<sup>54</sup>. L'étude de la structuration de l'« arbre à palabre » permet d'entamer le procès sous cette institution.

## II. Le procès sous l'« arbre à palabre »

En droit, un procès est une étape d'une instance en justice où les parties soumettent leur litige devant le tribunal. À l'issue du procès, un jugement est rendu. Dans les traditions négro-africaines, le procès sous l'« arbre à palabre » reste influencé par l'art oratoire, étant donné que c'est une juridiction de la parole. De ce caractère, découle la sentence particulière dudit procès.

---

<sup>53</sup> K. Y. NGANDU, *Le Groupe des Sages : Son rôle pour prévenir les conflits violents en Afrique*, en ligne sur <https://www.un.org/fr>, consulté le 11/09/2020.

<sup>54</sup> F. NDUWIMANA, *La Résolution 1325 du Conseil de sécurité de l'ONU sur les femmes, la paix et la sécurité, Comprendre les implications, remplir les obligations*, en ligne sur <http://www.un.org/womenwatch>, consulté le 11/09/2020.



### A. Un procès sous l'influence de l'art oratoire

L'art oratoire dans le procès signifie la maîtrise de la parole par les acteurs aux débats. Cette exigence implique que le modérateur doit distribuer la parole aux parties de façon méthodique. Dans ce contexte, la distribution de la parole est couplée au principe du contradictoire sur fond de langage métaphorique.

#### 1. La distribution méthodique de la parole par un modérateur

Le procès sous l'« arbre à palabre » débute par une pré-palabre dont l'objectif est de définir les modalités de prise de parole entre les protagonistes et les témoins. Cette phase préliminaire est marquée par le choix du modérateur en vue de guider les débats et assurer la police de l'audience. Cette situation s'explique par le fait que dans les traditions africaines, le chef ne parle pas en public. Il s'exprime par l'intermédiaire d'un modérateur. Il s'agit de l'un de ses conseillers possédant un don inhabituel d'éloquence, de sorte qu'il est rompu dans la manipulation des proverbes et adages<sup>55</sup>.

Ces qualités démontrent qu'il est bien introduit dans la connaissance des traditions afin d'en faire ressortir les précédents. Avec cette sagesse, il doit savoir dire les vérités sans heurter les sensibilités des parties prenantes. Dans les traditions dida, ces hommes sont appelés les « « Gbabélignon ». Ce sont des personnes possédant l'art de la parole grâce à la justesse de leur propos<sup>56</sup>.

En dehors des procès, ces personnalités jouent le rôle de griots en vertu de leurs capacités à transmettre avec éloquence les messages d'envergure communautaire. C'est le cas *des Djéli* dans les civilisations mandingues, *des N'zonzi* au Congo et *des Guéwël* chez les peuples

---

<sup>55</sup> A.-J. SANON, « L'homme du style oral ou oralité et expression de l'homme », dans *Afrique et parole*, novembre 1975, n° 98, p. 15-30.

<sup>56</sup> U. AMOA, « Parole africaine et poétique : discursivité et élégance langagière », *In actes du colloque international sur royautés, chefferies traditionnelles et nouvelles gouvernances : problématique d'une philosophie pour l'Afrique*. Tiassalé : Editions Dagekof, 2003, p. 47-49.

*Wolof* du Sénégal<sup>57</sup>. Dès l'entame de sa mission, le modérateur, après des éloges au chef, présente le problème à la communauté, et déclare au nom des sages, l'ouverture des assises. Chez les Dida, la parole fait foi et fait de la palabre, une véritable juridiction de la parole, à l'instar de toute culture de l'Afrique noire traditionnelle<sup>58</sup>.

La parole (*woho gnitoo*) en Dida n'est pas gratuite dans la mesure où elle est riche et puissante, fondée sur la somme d'expériences vécues et conceptualisées par la société. C'est la raison pour laquelle, au cours de la « palabre », le modérateur véhicule des proverbes, des paraboles et des contes. A cet effet, il fait recours aux généalogies, aux mythes d'où se dégagent des leçons, des mises en garde et des recommandations prônant le compromis, la concorde et le pardon<sup>59</sup>.

A cet effet dans la conduite des débats, celui-ci libère la parole pour négocier le sens des mots ou expressions contenus dans les allégations de chaque protagoniste, et ce pour s'approprier de manière symbolique le problème qui fait l'objet du conflit. Dans ce sens, la palabre rend les parties à l'instance plus proches l'un de l'autre et facilite l'accueil réciproque. Ce qui instaure une construction collective de la cohésion sociale<sup>60</sup>.

Ainsi, pour l'atteinte de ses objectifs dans sa mission, le modérateur emprunte une procédure participative. Il donne d'abord la parole à tour de rôle aux deux partis en cause. Une seule oreille ne permettant de mieux cerner un conflit, le modérateur donne la parole aux témoins avant de la transmettre aux chefs de lignages autant de

---

<sup>57</sup> S. CAMARA, *Gens de la parole : essai sur la condition et le rôle des griots dans la société malinké*, Paris, Mouton, 1975, p. 39. Cité par Étienne SMITH. « Les cousinages de plaisanterie en Afrique de l'Ouest, entre particularismes et universalismes. », *Raisons politiques*, février, 2004 (13), p. 157-169.

<sup>58</sup> A. KOUMEALO, « L'imaginaire de la communication à travers le concept de parole en Afrique et en Occident », *Communication et organisation* [En ligne], 22 | 2002, mis en ligne le 27 mars 2012, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/communicationorganisation/2773>.

<sup>59</sup> J. CHEVRIER, *L'Arbre à palabres — Essai sur les contes et les récits traditionnels d'Afrique noire*, Paris, Hatier, 1986, 384 p.

<sup>60</sup> M. G. HOFNUNG, *La médiation*. Paris : PUF, Que sais-je ?, 1995, 127 p.

fois qu'il le faut<sup>61</sup>. Celui-ci prend tout le temps qu'il faut pour écouter tous les avis. On accorde une grande importance à cette écoute car comme disent *les Mossé* du Burkina Faso « Quand une histoire ou un fait est bien raconté, il peut recevoir une bonne écoute, laquelle conduit à une bonne compréhension permettant de tirer une bonne conclusion ».

Dans ce contexte, le modérateur est animé par l'espérance qu'aucun problème humain n'est sans solution. Les échanges peuvent prendre plusieurs jours, voire plusieurs semaines, afin de donner la possibilité à tout le monde d'exprimer son opinion, selon la délicatesse du problème. Cette démarche est d'autant plus pertinente qu'une décision prise à la hâte n'est habituellement pas une bonne décision<sup>62</sup>.

Par ailleurs, dans l'écoute des parties, le modérateur s'implique dans une méthode très méticuleuse qu'une seule palabre peut comporter *des minipalabres et des conciliabules qui s'articulent par emboîtements*. Cela signifie que la palabre n'organise pas uniquement un face-à-face entre les parties, mais institue une médiation symbolique à plusieurs entrées. Cette technique permet d'éclairer objectivement toute l'assemblée villageoise et donne l'opportunité au conseil des sages de prononcer la sentence. Les conclusions adoptées à la fin des assises deviendront des précédents qui rentrent directement dans la tradition<sup>63</sup>.

L'on peut donc en déduire qu'il s'agit d'une justice procédurale permettant une meilleure évaluation des problèmes qui se posent. Ces procédures s'apparentent à de l'arbitrage, à la conciliation ou à de la médiation, plutôt qu'à une audience de type accusatoire. Il s'agit particulièrement d'une justice participative à vocation populaire qui fonde la crédibilité des systèmes judiciaires traditionnels.

---

<sup>61</sup> P. BAUDRY, « Les conciliations dans les sociétés traditionnelles », *Communication et organisation*, 11 | 1997. [<http://communicationorganisation.revues.org/1912>].

<sup>62</sup> J. F. SIX, *Le temps des médiateurs*. Paris : Editions du Seuil, 1990, 164 p.

<sup>63</sup> J.-G. BIDIMA, *La palabre*. Paris : éditions Michalon, 1997.

Les communautés dida préfèrent la justice traditionnelle aux tribunaux officiels, car celle-ci est axée sur la conciliation et s'emploie à restaurer la cohésion sociale. Celles-ci ont tendance à « fuir » les tribunaux étatiques du fait qu'ils sont difficiles d'accès et intimidantes, mais en plus, du fait du caractère onéreux des procédures.

Mais puisque ce mécanisme de règlement des litiges ne s'inscrit pas dans le système judiciaire officiel, il faudrait davantage l'appréhender comme un mécanisme alternatif de règlement des différends qui ne tombe pas sous le coup des principes du droit positif. Ce système judiciaire pratiqué depuis longtemps dans la justice traditionnelle a suscité un regain d'intérêt si bien que le système judiciaire moderne s'en est approprié dans le cadre du droit des affaires<sup>64</sup>.

Les autorités communautaires de l'OHADA ont depuis lors légiféré sur la question dans le cadre de l'évolution du droit des affaires en Afrique. Cette réforme a donné lieu à un droit collaboratif se tournant progressivement vers la médiation et la procédure participative dans les Etats membres.

Depuis l'adoption du premier acte uniforme sur l'arbitrage en 1999, c'est donc une offre de justice plurielle qui a émergé, proposant à tout justiciable de multiples modes alternatifs de règlement des différends. Inspirée des pratiques de la justice traditionnelle, ce mécanisme permet de déterminer pour chaque type de conflit, sa solution appropriée avec l'apport d'un arbitre, d'un médiateur ou d'un conciliateur pour la recherche d'une solution apaisée dans les contentieux d'affaires<sup>65</sup>. Par ailleurs, la parole ayant un caractère

---

<sup>64</sup> E. OKAMBA, « Le processus d'acculturation en Afrique : les vertus de la palabre locale au service de l'entreprise », in *Cahiers des Sciences humaines*, n° 30, (4), 1994, p. 731-748, voir : <[http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/pleins\\_textes\\_4/sci\\_hum/41401.pdf](http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/pleins_textes_4/sci_hum/41401.pdf)>, accédé le 2 mars 2020

<sup>65</sup> CERCLE HORIZON CLUB OHADA ORLEANS & NORTON ROSE : Les modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) en OHADA 17 et 18 mars 2009, en ligne sur

initiatique dans les traditions africaines, le principe du contradictoire y est mis en œuvre sur fond de langage métaphorique.

## 2. Le principe du contradictoire sur fond de langage métaphorique

Le principe du contradictoire (ou principe de la contradiction) est un principe général de droit existant dans toute procédure judiciaire (civile, pénale, administrativement...). Il signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits et les moyens juridictionnels que ses adversaires lui ont opposés<sup>66</sup>. Ce principe est à rapprocher de celui de droits de la défense qui prône l'équité et l'égalité des armes entre les parties. Il s'applique à tout moment de la procédure sous l'« arbre à palabre », car les traditions africaines défendent également la participation équitable des protagonistes au procès<sup>67</sup>.

A cet effet, sous l'« arbre à palabre », la prise de parole par les parties au conflit doit suivre un certain protocole. C'est ainsi qu'après l'exposé des faits par le modérateur, celles-ci interviennent à tour de rôle afin d'exposer leurs versions des faits. Dans ce cadre, le modérateur donne d'abord la parole au plaignant, ensuite à l'accusé et enfin aux témoins. Lorsqu'une partie intervient, les autres reçoivent la parole et se taisent. C'est la règle. Grâce à l'alternance, chacun a le temps d'affûter sa prise de parole, car la monopolisation de la parole est interdite.

Lorsque nous parlons des parties, il s'agit en réalité de deux groupes opposés, plus ou moins importants, selon que le litige oppose deux familles, deux lignages ou deux clans différents. Étant donné que les acteurs sont identifiés, la fonction de la parole est de mettre en scène la confrontation publique, en mettant en évidence le spectacle

---

<http://www.ohada.com/content/newsletters/1078/intervention6.pdf>, visité le 26/08/2020.

<sup>66</sup> FERRAND, « Le principe du contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », in *Revue internationale de droit comparé*, Année 2000 52-2, p. 345-369.

<sup>67</sup> R. PAGEARD, *Le droit privé des Mossi, Tradition et évolution*, Paris-Ouagadougou, T1, Recherches voltaïques, CNRS 1969, p. 93.

de soi aux prises avec l'autre. A cet effet, la palabre est caractérisée par une domestication de la violence par le recours à la puissance langagière. C'est ainsi que dans le cas de conflit, la prise de parole ordonne l'agressivité des débats pour exorciser la violence afin de l'empêcher de se matérialiser.

C'est dans ce sens que les protagonistes s'investissent dans un langage métaphorique pour capitaliser la raison en leur faveur. La métaphore est une figure de style qui appelle la rhétorique dans le langage pour en faire un symbole de valeur dans l'environnement du locuteur. Dans le procès sous l'« arbre à palabre », la métaphore tient une place de choix en vue de donner une valeur sacrée à la parole<sup>68</sup>.

Il s'ensuit que la « palabre » met en jeu des échanges verbaux qui prennent souvent la forme d'âpres discussions destinées à suspendre par le discours, la violence contenue dans le conflit. Pendant les débats, les parties s'empoignent et se lancent dans l'usage d'expressions inédites pour mobiliser le capital affectif de l'assistance. Dans cette dynamique, les porte-paroles des protagonistes utilisent une langue savoureuse, comprise quelquefois par les seuls initiés. Tous les supports communicationnels sont utilisés intelligemment pour évoquer les passés mémoriaux ou la genèse du conflit à régler. L'histoire s'invite au débat, accompagné d'humour et de dérision. Selon un célèbre poète « la palabre se joue avec des mots et se joue des mots »<sup>69</sup>.

Aussi, pour emporter la confiance du modérateur, les protagonistes recourent-ils à la ruse, par un langage imagé, pour se moquer du raisonnement de l'adversaire ou pour le confondre. Les intervenants utilisent diverses figures de style, notamment l'*épipléxis* rappelant les menaces qui pèsent sur l'accusé et l'*hyperbole* dégageant la gravité des faits reprochés à celui-ci. Cette technique langagière se

---

<sup>68</sup> J. LEGAUT, *Les lois de la parole : Conversation avec Camille*, Érès, Paris, 2003. N. CHARBONNEL (dir.) et G. KLEIBER (dir.), *La Métaphore entre philosophie et rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Linguistique », 1999, 245 p.

<sup>69</sup> P. LEGENDRE, *Paroles poétiques échappées du texte*, Paris, Seuil 1982, p. 73.

fait accompagner par des gestes centrés sur le corps ou sur les objets. Le conseil des sages faisant office de jury écoute attentivement ces interventions sans objection, sauf si une partie va au-delà de ce qui est moralement acceptable (notamment l'injure publique et la violence physique)<sup>70</sup>.

En cas de difficulté de procédure, les sages sont consultés par le modérateur pour lever tout blocage à la sérénité des débats. Dans ce cadre, les débats doivent être transparents et ouverts, de manière à éviter l'arbitraire des décisions prises par les sages. Pour parvenir à cette transparence, la sagesse du modérateur est d'un enjeu très important, car il doit favoriser la mise à nue de la vérité afin de mieux comprendre la cause en présence.

Suite à l'intervention des acteurs clés du conflit, les chefs de lignages sont convoqués à titre d'observateurs pour l'appréciation de la situation conflictuelle. La présence des structures lignagères démontre que la palabre est une mise en scène de la délibération communautaire pour une remise en ordre du lien social rompu. La publicité des débats implique la possibilité de contester les décisions devant le conseil des sages<sup>71</sup>.

Chez les Dida, pendant cette phase, ceux qui n'ont pas une expression orale facile ou qui sont timides peuvent avoir recours aux services d'un *Gbabélignon*, l'équivalent d'un avocat en droit moderne. Ce sont des personnes suffisamment connus pour l'art à défendre si bien qu'il est difficile de mettre en cause leur défense ou leur plaidoirie. Mais tout en s'opposant, les parties en conflit négocient secrètement pour parvenir à une solution qui conduira à l'entente.

Dans le cadre d'un conflit familial par exemple et lorsqu'une concertation est nécessaire, la famille se retire discrètement, transmet sa parole au *Gbabélignon* qui seul a voix au chapitre. La pression est grande sur les épaules du *Gbabélignon* qui doit rivaliser de malice dans l'obtention du consensus. Celui-ci doit multiplier les marques de

---

<sup>70</sup> QUINTILIEN (trad. Jean COUSIN), *De L'institution oratoire*, t. I, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Budé Série Latine », 1989, 392 p.

<sup>71</sup> J.-P. MAGNANT, « Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine », *Droit et cultures*, 48 | 2004, 167-192.

respect tout en faisant preuve de diplomatie et de fermeté dans sa démarche.

L'écoute active est valorisée, car c'est elle qui facilite le dialogue. La culture de l'écoute et la recherche de la paix facilitent le rapprochement des points de vue et la recherche de la solution idéale qui cimenterait le lien social. Ce dialogue permet une construction collective de la vérité. L'objectif final est de donner sens à l'événement qui, à travers le problème précis que l'on traite, atteint la communauté<sup>72</sup>.

Pour la recherche de la vérité au cours de l'instance, sont pratiquées des techniques d'investigation et de recherche de preuves. Il s'agit de pratiques d'ordalie mises essentiellement en œuvre pour obtenir des aveux. Les anthropologues classent les ordalies dans la catégorie des pratiques magico-religieuses de justice populaire. L'un des modes de preuves le plus utilisés demeure l'invocation des ancêtres à titre de témoin<sup>73</sup>.

Ce mode de preuve se justifie, d'autant plus que toute réalité sociale en Afrique noire traditionnelle, intègre aussi les morts, témoins des faits insaisissables par les vivants. Par ailleurs, les liens communautaires s'articulent autour d'un jeu d'alliance dans lequel la tradition prend appui sur le culte ancestral. Les ancêtres demeurant les géniteurs des règles traditionnelles<sup>74</sup>.

Cependant, chez les Dida, le recours à l'ordalie (*titè a nohawèlè*) n'était pas systématique. Il n'avait lieu que quand un prévenu nie obstinément les faits qui lui étaient reprochés, ou quand il y avait contradiction entre les dires des deux parties. Le procès de culpabilité pouvait compter plusieurs étapes, marquées chacune par une épreuve différente. La gamme des procédés utilisés est très étendue. Ces techniques d'établissement de la vérité, plus ou moins indéfectibles,

---

<sup>72</sup> R. MARCHAL, « Justice et réconciliation: ambiguïtés et impensés », *Politique africaine*, n°92, décembre 2003.

<sup>73</sup> D. M. GADOU, *Dynamique religieuse et tradition en pays dida*. Thèse de 3<sup>e</sup> cycle. 1995, Abidjan, IES, Université de Cocody.

<sup>74</sup> Albert de SURGY, « Le « culte des ancêtres » en pays evhé », *Systèmes de pensée en Afrique noire*, 1975.



provoquaient sur le patient des réactions tantôt seulement bénignes, tantôt graves (pouvant entraîner la cécité, et même la mort)<sup>75</sup>.

En outre, ce mode de preuve repose sur l'idée selon laquelle des pouvoirs surnaturels émanant des ancêtres protégeront l'innocent et puniront le coupable. A travers la méthode ordalique, l'arbre à palabre cherche avant tout à éviter qu'un conflit ne dégénère en désordre social, en intervenant d'une manière radicale pour empêcher une situation de se dégrader. Les épreuves judiciaires sont à cet égard un garde-fou, tant par la crainte physique qu'elles inspirent que par le caractère infaillible et inéluctable des jugements qu'elles rendent.

Cependant, ce mode de preuve est de moins en moins utilisé du fait de la dilution des traditions dans la société dida. L'on assiste aujourd'hui l'adhésion des Africains à des religions importées telles que le christianisme et l'islam qui diabolisent cette pratique<sup>76</sup>. A l'issue des débats, le modérateur intervient en vue de transmettre la parole au chef du village. De concert avec ses conseillers, celui-ci fait la synthèse pour dire ce qui ressort des débats en vue d'une solution concertée. En cas d'absence, il peut être remplacé par un sage parmi les plus âgés. La décision qui découle d'un procès sous l'arbre à palabre a un caractère particulier, car elle déroge à celle des juridictions étatiques. C'est en cela qu'elle est qualifiée de sentence particulière.

#### ***B. La sentence particulière du procès***

La sentence particulière du procès implique deux réalités. D'abord, c'est une sentence à caractère consensuel. Dans cette caractéristique, ladite sentence a une fonction thérapeutique.

---

<sup>75</sup> E. BERNUS, « Ahouati, notes sur un village dida », *Etudes Eburnéennes*, Abidjan, VI, 1957, p. 213-229.

<sup>76</sup> O. N. BROOHM, « De la gestion traditionnelle à la gestion moderne des conflits: repenser les pratiques africaines », *Ethiopiennes* n° 72. Littérature, philosophie, art et conflits, 1er semestre 2004.

1. *Une sentence à caractère consensuel*

Dans la « palabre », c'est un système de consensus communautaire qui est au cœur de la prise de décision. Dans la mesure où chacune des parties a pu se faire entendre, la palabre permet, par le biais du modérateur, d'obtenir « un consensus conflictuel ». Dans la résolution des conflits par ce mécanisme endogène, la paix prime sur la vérité.

À l'issue de débats contradictoires, le conseil des sages rappelle qu'il s'agit de trouver un consensus permanent. Les sages font cas des valeurs ancestrales et de la jurisprudence pour faire accepter à tous la décision arrêtée avec l'avis des structures lignagères. Dans les traditions dida, la parole est engageante et c'est en scellant la réconciliation que l'on sera certain de la légitimité de la décision prise. La métaphore « arbre à palabres » est l'émanation de l'esprit de dialogue et d'entente mutuelle, car pour discuter avec les autres des questions d'intérêt collectif, il est important de respecter leurs intérêts et idées. La « palabre » a intégré dans son fonctionnement la maxime suivante : « de la discussion jaillit la lumière »<sup>77</sup>.

Se fondant sur le principe sacro-saint de l'entente communautaire, la « palabre » permet aux parties de s'accorder sur une décision qui puisse les satisfaire sans avoir en principe recours à une instance judiciaire supérieure. Le souci étant de parvenir à une solution consensuelle au terme d'une délibération mûrie. Ce mécanisme consiste concrètement en un effort collectif pour décider dans un cadre coopératif, de manière à défendre la cohésion sociale qui est un bien commun de la société<sup>78</sup>.

Maintenir un consensus est particulièrement important dans les communautés où les membres entretiennent des relations d'interdépendance. Des décisions qui ne font pas l'unanimité pourraient menacer ces relations. Enfin, la participation de tous est

---

<sup>77</sup> P. DECRAENE, « Les sources du consensus dans les Etats africains », in *Ethiopiennes* numéro 16, Revue socialiste de culture négro-africaine, octobre 1978, en ligne sur <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article706>, visité le 27/8/202.

<sup>78</sup> B. ATANGANA, « Actualité de la palabre », dans *Etudes*, avril 1966, p. 460-466.

essentielle lorsque la communauté partage la responsabilité de se conformer au jugement et de faire appliquer la réparation ou la sanction qui en résulte.

Ainsi, les processus élaborés et suivis sous l'« arbre à palabres » s'emploient à ce que les deux parties, ainsi que la communauté, soient satisfaites de la décision rendue. Trouver un compromis et mettre tout le monde d'accord quant à la décision rendue est essentiel. La responsabilité individuelle et les sanctions sont considérées comme secondaires. Dans la recherche de la solution concertée, les autorités traditionnelles n'ont pas pour intention d'exposer leur décision aux aléas des opinions partielles et volatiles.

Toutefois, la question qui se pose est de savoir s'il s'agit d'un véritable consensus, puisque le conseil des sages et la communauté peuvent faire pression sur les parties pour qu'elles adhèrent à la décision rendue. Quoi qu'il en soit, c'est souvent le principe de la majorité qui l'emporte avec un pouvoir central qui insiste pour que la décision soit acceptée par la minorité. En outre, par respect de la mémoire des ancêtres et de l'interdépendance des groupes sociaux, les protagonistes préfèrent sacrifier leurs raisons personnelles pour sauvegarder leur intégration dans le groupe social.

Chez les Dida de Divo, c'est la recherche du consensus qui prime avec l'idée que l'unité ou l'équilibre de la société doit être préservé à tout prix. Il ne s'agit donc pas de gagner ou de perdre mais de trouver un consensus acceptable, chacun acceptant de perdre un temps soit peu pour préserver l'harmonie et la paix. Léopold Sédar Senghor précisait d'ailleurs que « l'esprit de cette civilisation, enracinée dans la terre et le cœur des noirs, est tendu vers le monde, êtres et choses, pour le comprendre, l'unifier et le manifester »<sup>79</sup>.

A cet effet, une décision prise s'applique naturellement à tous et personne ne songerait à la contester. Il n'y a pas de sentiment d'injustice ou de perte de confiance. Il n'y a donc aucune nécessité de brandir un arsenal répressif pour le faire respecter. En outre, comme on peut le constater, dans la "Palabre Africaine" il n'y a pas de vote

---

<sup>79</sup> L. S. SENGHOR, « Négritude et civilisation de l'Universel », in *Présence Africaine*. 2e série, n° XLVI, 2<sup>e</sup> trimestre 1963, p. 8-13.

pour décider de la culpabilité des individus. Ainsi, en recherchant le consensus permanent pour toutes les décisions, les communautés locales s'assurent de préserver l'harmonie sociale, ce qui permet d'éviter les récidives.

Dans cette conception, les décisions qui engagent la collectivité sont légitimes si elles sont le fruit d'une discussion argumentée dans lequel une égale considération a été accordée aux raisons de chaque protagoniste. A partir de ce fait, l'on peut affirmer que l'Afrique a une vieille culture de la délibération, issue d'un processus démocratique consensuel frôlant l'unanimité. Ce mécanisme traditionnel de règlement des différends fait défaut dans les sociétés modernes où la paix sociale est imposée depuis le sommet par le droit, sans associer les parties en conflit dans la prise de décision<sup>80</sup>.

Par ailleurs, dans les démocraties modernes, les décisions tournent autour des votes au niveau judiciaire et législatif. Ce système de votes a malheureusement comme conséquence la partition de la communauté. Par exemple, un résultat de vote de 49 % et 51 % ne représente rien d'autre qu'une division de la communauté. Au lieu de la recherche de la cohésion sociale, la communauté est ainsi divisée entre les courants politiques<sup>81</sup>.

Ainsi, une partie de la communauté restera frustrée et attendra l'opportunité de se venger pour rétablir la vie politique en sa faveur. C'est dans ce sens que l'on voit dans certaines démocraties dites avancées, des lois se faire et se défaire au gré des partis politiques dominants. Il en résulte une certaine instabilité politique et une « désacralisation » de la loi avec pour conséquence son non-respect, car il subsistera auprès d'une grande partie du peuple le sentiment que la loi est injuste. Dans cette atmosphère, le régime politique au pouvoir

---

<sup>80</sup> F. AKINDES, « Le lien social en question dans une Afrique en mutation », dans Josiane BOULAD-AYOUB et Luc BONNEVILLE, *Souverainetés en crise*, Collection: Mercure du Nord. Québec : L'Harmattan et Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 379-403.

<sup>81</sup> P.-J. IDENBURG, « Les nouveaux Etats africains et les normes démocratiques occidentales », dans *Revue juridique et politique d'outre-mer*, 1961, n° 2, p. 198 et s.

aura besoin de prisons, de police et de peines sévères pour faire respecter la loi. C'est la terreur de la loi<sup>82</sup>.

Par comparaison aux démocraties modernes, dans la démocratie villageoise, personne ne songe à violer la loi résultant de la palabre, d'autant plus que l'idée du consensus demeure profondément ancrée dans la mémoire collective. L'idée essentielle qui se dégage de la palabre, c'est que les pratiques démocratiques doivent être animées, non par la volonté de puissance, mais par l'esprit de dialogue et de concertation, valeurs fondatrices d'une démocratie constructive. C'est en cela qu'elle peut être considérée comme la plus vieille forme de démocratie et de gouvernance au monde<sup>83</sup>.

Enfin, il convient de retenir que dans la « palabre », le roi ou le chef n'est en fait que le témoin d'un consensus sagement négocié et accepté par tous. En revanche, il est le garant qui transforme une décision populaire en un projet ayant force de loi. C'est aussi ce pouvoir central qui ordonne et veille sur l'exécution de la décision prise. Le caractère consensuel de la sentence signifie qu'elle est destinée à se revêtir d'une fonction thérapeutique pour atteindre ses objectifs.

## *2. La fonction thérapeutique de la sentence*

La justice est un idéal jugé fondamental pour la vie sociale et la civilisation. Mais quoique la justice soit un principe à portée universelle, le juste varie en fonction de facteurs culturels. C'est dans ce sens que contrairement au système judiciaire officiel, la « palabre » milite contre une vision très pénale de la société africaine. Dans la « palabre », le juge ne se limite pas à dire le droit, mais il va plus loin en rappelant ce que dit l'éthique pour assurer un meilleur vivre-

---

<sup>82</sup> O. N. BROOHN, « De la gestion traditionnelle à la gestion moderne des conflits : repenser les pratiques africaines », ETHIOPIQUES : Littérature, philosophie, art et conflits, n° 72, 1<sup>er</sup> semestre, 2004.

<sup>83</sup> NGUYEN Van Chien, « La démocratie en Afrique », *Cahiers zaïrois d'études politiques et sociales*, avril 1973. n° 1, p. 143-155.

ensemble. Cette conception de la justice favorise l'expulsion de la violence au sein des sociétés traditionnelles africaines<sup>84</sup>.

La « palabre » permet en outre de sortir du code binaire « agression/victime » dans lequel sont enfermées nos sociétés pénales. Le couple « surveiller-punir » devient dans la palabre « surveiller-punir-racheter ». L'essentiel n'est pas la punition, mais la reconstitution d'un lien social qui a été rompu. En plus, la palabre n'a pas pour finalité d'établir les torts respectifs des parties en conflit et de prononcer des sentences qui conduisent à l'exclusion et au rejet. La palabre fait ainsi figure de thérapie collective<sup>85</sup>.

A cet effet, ce système de justice traditionnelle n'a jamais eu pour habitude d'imposer des peines d'emprisonnement. Ce qui cadre avec son objectif premier consistant à prôner la réconciliation pour régler un litige. Pour cette raison, la détention est généralement considérée comme une sanction qui manque de bon sens.

Chez les Dida qui ont fait l'objet de notre enquête, il y a deux types de décisions : celles pour les affaires mineures et celles pour les affaires délicates. Pour le premier type, la décision est prise séance tenante, alors que les questions délicates nécessitent une réunion des sages qui se concertent à l'écart et communiquent ensuite au public ce qui a été décidé. L'intérêt de la palabre est de réparer le dommage causé afin de retrouver l'harmonie dans le vivre-ensemble. L'annonce de la décision est généralement suivie du pardon qui est demandé par les deux camps. Le premier pardon prononcé par le fautif est exigé et il sert de réparation. Le second est prononcé par la partie gagnante afin de ne pas humilier ceux qui sont déshonorés par la perte du procès.

Dans ce sens, le pardon n'est pas ici une activité destinée à abaisser l'homme, mais à le réinsérer dans sa relation avec son contemporain.

---

<sup>84</sup> A. S. MUNGALA, « L'éducation traditionnelle en Afrique et ses valeurs fondamentales », in *ETHIOPIQUES* n° 29, revue socialiste de culture négro-africaine, février 1982, en ligne sur <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article838>, consulté le 27/08/2020

<sup>85</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, naissance de la prison*. Paris : éditions Gallimard. 1975.

Parfois, pour préserver la paix sociale, on prétend que personne n'est fautif et on responsabilise « un mauvais esprit » qui a poussé au mauvais comportement. Le plus souvent, les jugements conduisent à des ordonnances enjoignant à la partie défenderesse de verser une sorte de compensation à la partie lésée, que ce soit sous forme d'argent, de bétail ou de produits d'une récolte. Des ordonnances plus punitives peuvent prévoir des services à la communauté ou à la partie lésée<sup>86</sup>.

Dans le contexte du droit traditionnel négro-africain, la responsabilité s'inscrit dans un régime collectif. Il s'ensuit que toute violation d'un droit porte atteinte, par-delà l'individu, aux droits de son groupe. A cet effet le groupe est responsable des actes délictueux commis par ses membres.

Chez les Dida par exemple, c'est la famille élargie ou le clan de l'auteur d'un fait illicite qui assume la responsabilité collective d'exécuter le jugement. Dans cette société, la personne qui commet un meurtre doit donner un bélier, quinze anneaux, dix pagnes kita, trois bouteilles de liqueur et une somme de 500 000 fcfa si elle a tué un homme. En revanche, celle-ci doit s'acquitter de trente pagnes, un cabri, quatre complets de kita, deux bouteilles de liqueur et une somme de 300 000 fcfa s'il s'agit d'une femme. C'est le lignage de l'auteur du crime, qui s'acquitte de cette obligation au regard du principe de la responsabilité collective en droit traditionnel. Des compensations moindres sont versées à titre collectif en cas de préjudice corporel, viol, vol et diffamation contre une personne. Aussi, au cas où une concubine décède sans avoir été dotée, son concubin accompagné de sa famille devra obligatoirement s'acquitter de la dot avant son inhumation.

En cas de persistance de conflit, les chefs de lignages offrent une alternative, en proposant un compromis honorable afin de préserver les intérêts majeurs et de sauver l'honneur des familles en conflit. Les parties peuvent aussi opérer leur propre réconciliation en accomplissant les conditions du compromis. L'objectif final n'est pas

---

<sup>86</sup> R. CHAOUAD, « Le temps du pardon », *Revue internationale et stratégique* 88 (2), 2012 : 49-57.

de juger les droits en conflit, mais d'utiliser la loi pour parvenir à une réconciliation pour une réintégration du délinquant dans la communauté. L'homme n'est pas fait pour la loi, mais la loi pour l'homme<sup>87</sup>.

La décision arrêtée à l'issue des discussions est généralement célébrée par la prise d'un repas en commun réunissant les différents protagonistes, dans le respect des alliances et des préséances. La sentence est rythmée de danses et de chants, manifestations de la volonté de vivre dans la paix et l'harmonie. Cela restitue au malfaiteur un statut honorable<sup>88</sup>. Il arrive en revanche, et très rarement qu'une personne soit bannie lorsque la faute commise est très grave. Ce bannissement ayant pour but d'éloigner « la mauvaise graine » afin qu'elle n'infeste pas les autres. Cependant, « cette mauvaise graine » peut se reconstruire ailleurs.

Dans les mêmes traditions dida, pour qu'un individu soit banni de la société, il faut vraiment que la faute revêt une particulière gravité. C'est un châtement généralement réservé aux seuls criminels et sorciers. Le bannissement se fait sous deux formes. La première forme consiste au renvoi du coupable du lignage. Il ne reste plus à celui-ci qu'à solliciter le droit d'asile dans un village voisin. Une telle demande n'est jamais refusée, la même situation pouvant à tout moment se présenter dans n'importe quelle autre communauté. Au temps précolonial, l'on assistait au renvoi du coupable du lignage (*Lokpa*). L'indésirable était dans ce cas purement et simplement vendu comme captif (*goyu*).

Malgré son efficacité, les sentences de l' « arbre à palabres » restent confrontées à des limites. Cette juridiction n'est pas habilitée à rendre des jugements exécutoires puisque ses procédures sont orales et n'a aucun pouvoir pour faire appliquer ses décisions dans le contexte actuel. Aussi, ses décisions rendues n'ont pas force obligatoire dans

---

<sup>87</sup> L. BUCAILLE, « Vérité et réconciliation en Afrique du Sud : une mutation politique et sociale », *Politique étrangère* 2, 2007 : 313-325.

<sup>88</sup> G. MICHAUD, *La Vérité à l'épreuve du pardon : une lecture du séminaire « Le parjure et le pardon » de Jacques Derrida*, Montréal, 2018, Presses de l'université de Montréal.



l'ordre juridique national. Les parties à un litige sont libres d'accepter ou de rejeter le règlement proposé. Dans un tel cas de figure, si les parties en conflit ne sont pas satisfaites de la décision rendue par cette instance judiciaire, l'affaire devrait être à nouveau jugée par un tribunal officiel de manière intégrale<sup>89</sup>.

Sur le plan analytique, il ne s'agit pas d'un recours, mais plutôt d'un premier échec de la procédure alternative de règlement des différends qui n'a pas réussi à aboutir à une décision satisfaisante. L'une des deux parties peut décider de se désolidariser de cette justice communautaire pour porter le litige devant un tribunal officiel. Dans ce cas, le tribunal étatique convoquera une audience reprenant l'affaire depuis le début afin de rendre un nouveau jugement.

Cependant, la substitution d'institutions importées au schéma traditionnel pose en termes nouveaux le problème du règlement des conflits communautaires. La multiplicité des instances coutumières et modernes, auxquelles il est possible de recourir à l'heure actuelle, prouve que l'équilibre est loin d'être atteint en ce domaine<sup>90</sup>. Nous avons vu qu'une même plainte est susceptible d'être reçue aussi bien par le chef de village ou le chef de canton que par le sous-préfet ou la gendarmerie. Ces autorités pouvant pour certaines affaires seulement saisir le Parquet. La perpétuation d'une telle situation risque à la longue de porter un préjudice grave à la notion même de justice<sup>91</sup>.

\*

\* \*

---

<sup>89</sup> A. DOGBA, *La perte ou l'affaiblissement de l'identité socio-culturelle ancestrale de l'Afrique noire. Exemple du groupe ethnique Dida : le cas précis de la région de Zikisso en Côte d'Ivoire*, Université de Paris 4, 2001, 235 p. (thèse)

<sup>90</sup> C.-H. PERROT, « Les autorités traditionnelles et l'État moderne en Afrique Subsaharienne au début du XXI<sup>e</sup> siècle », *Cadernos de Estudos Africanos*, 2012, [Online], [<http://cea.revues.org/179>]. Visité le 27/08/2020.

<sup>91</sup> J. SOPOVA, « Arbres à palabres et systèmes occidentaux », *Courrier de l'UNESCO*, 1999. Disponible à : [http://www.unesco.org/courier/1999\\_03/pdf/courrier.pdf](http://www.unesco.org/courier/1999_03/pdf/courrier.pdf), site visité le 19/08/2020.

L' « arbre à palabres », est une juridiction dont le dessein est le maintien de la cohésion sociale. Il a depuis des siècles, permis aux civilisations négro-africaines de préserver une harmonie au niveau de la communauté. La société dida nous a donné l'opportunité de mettre en évidence les aspirations des communautés locales dans la préservation de cette justice endogène. L'enjeu de la justice traditionnelle dida témoigne du fait que l'Afrique noire a su se gouverner selon ce système de régulation sociale compris par ses propres communautés.

Bien que de nos jours reléguée au second plan par les Africains eux-mêmes, elle est la première forme de la gouvernance démocratique par son caractère essentiellement délibératif. Malheureusement, à travers la politique coloniale ayant imposé la théorie de la justice occidentale, l'Afrique se trouve aujourd'hui en perte de vitesse vis-à-vis de ses pratiques traditionnelles de règlement des conflits.

Pendant ce temps, depuis leur accession à l'indépendance, beaucoup de pays africains ne sont pas bien gouvernés. Ils sont classés en bas de l'échelle selon l'indice du développement humain. C'est là une preuve que la justice importée n'est pas une solution idoine pour le développement du continent. L'Afrique a perdu son âme en abandonnant ce mécanisme de justice traditionnel au profit des institutions judiciaires coloniales qui ne parviennent pas à régler les conflits sociaux que les États africains connaissent. La récurrence des conflits dans la plupart des espaces régionaux (Grands Lacs, Cedeao, Afrique centrale) en constitue la preuve la plus évidente.

Vu ce constat, les sociétés traditionnelles africaines ont réalisé ce que les États africains modernes ne parviennent pas à accomplir, à savoir la création d'une justice participative, nœud gordien de la cohésion sociale. La « palabre » a l'avantage de coller aux réalités africaines et on peut aisément penser qu'elle facilitera le développement politique et économique des sociétés actuelles. Elle cherche à préserver les bons rapports sociaux que les acteurs en

conflits pourront entretenir ultérieurement, là où le droit occidental cherche à tout prix le coupable à sanctionner.

Réconcilier les parties par la recherche d'un consensus en sollicitant la contribution réflexive de chaque membre de la communauté est le principal objectif poursuivi par l'institution de la palabre. Cette réalité explique l'aspiration de recourir à la gouvernance d'origine africaine dont les modes de résolution de crises correspondent à la culture et aux attentes des peuples africains. Cette culture de discussion peut être pratiquée dans les institutions publiques africaines en vue d'aider à renforcer la démocratie sur le continent<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Pierre Kanoute (abbé). 1965. « Seule la palabre peut sauver l'Afrique », cité par BOKONGA Ekanga Botombele.

## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- AMOA U., *Parole africaine et poétique : discursivité et élégance langagière*, In *actes du colloque international sur royautés, chefferies traditionnelles et nouvelles gouvernances : problématique d'une philosophie pour l'Afrique*. Tiassalé : Editions DAGEKOF, 2003, p. 47-49.
- AKINDÈS F. « Le lien social en question dans une Afrique en mutation », dans BOULAD-AYOUB, Josiane et Luc BONNEVILLE, *Souverainetés en crise*, Collection: Mercure du Nord. Québec : L'Harmattan et Les Presses de l'Université Laval, 2003, pp. 379-403.
- BACHELET M. « Titulaires de droits fonciers coutumiers », dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique, Droit des Biens* (Tome 5) Abidjan, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, p. 59-70
- BADIE B. *L'État importé*. 1992, Paris : éditions Fayard.
- BAGAYOKO N. et KONE F. R., *Les mécanismes traditionnels de gestion des conflits en Afrique subsaharienne*, Centre Franco-quebecois. Paix en résolution des conflits et missions de paix, Rapport de recherche n° 2, Montréal (Québec) Canada, juin 2017, 60 p.
- BAH T. « Les mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire », Édouard MATOKO (dir.) *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits*, 1999. Paris : UNESCO.
- BAKOMBA K. D., « La palabre africaine », *Les imaginaires*. 1976, Paris : Union Générale d'Éditions.
- BAUDRY P. « Les conciliations dans les sociétés traditionnelles », *Communication et organisation*, 11 | 1997. [<http://communicationorganisation.revues.org/1912>].
- BIDIMA J.-G., *La palabre*. Paris : éditions Michalon, 1997.
- BOILLEAU J.-L., *Conflit et lien social. La rivalité contre la domination*, 1995, La Découverte/MAUSS, Paris.

- BROOHM O. N. « De la gestion traditionnelle à la gestion moderne des conflits : repenser les pratiques africaines », *Ethiopiennes : Littérature, philosophie, art et conflits*, n° 72, 1<sup>er</sup> semestre, 2004.
- CERCLE HORIZON CLUB OHADA ORLEANS & NORTON ROSE : *Les modes alternatifs de règlement de conflits (marc) en OHADA 17 et 18 mars 2009*, en ligne sur <http://www.ohada.com/content/newsletters/1078/intervention6.pdf>, visité le 6/08/2020
- CHEVRIER J., *L'Arbre à palabres — Essai sur les contes et les récits traditionnels d'Afrique noire*, Paris, Hatier, 1986, 384 p.
- CHIKOUNA C., *Migrations et mise en valeur de la basse Côte d'Ivoire (1920-1960)*, 2013, Paris, L'Harmattan.
- CHAUVEAU J.P., « Question Foncière et Construction Nationale en Côte d'Ivoire », *Politique Africaine*, 2000, 78, p. 94–125.
- COULIBALY C., *Problématique foncière et gestion des conflits en Afrique noire, T. 1, Des indépendances à la faillite des dictatures, 1960-1990*, L'Harmattan, Mali, 2015, p. 26 et 27.
- DIANGITUKWA F., *Gouvernance, action publique et démocratie participative*. 1<sup>ère</sup> édition. Saint-Légier (Suisse) : éditions Monde Nouveau/Afrique Nouvelle; 2<sup>e</sup> édition. Saarbrücken (Allemagne), 2012. Éditions Dictus Publishing.
- DIANGITUKWA F., « La lointaine origine de la gouvernance en Afrique : l'arbre à palabres ». *Revue Gouvernance*, 11 (1). 2014, en ligne sur <https://doi.org/10.7202/1038881ar>. visité le 20/08/2020
- DIETERLEM G., *La notion de personne en Afrique noire*, Paris, CNRS, 1981, 596 p.
- DOGBA A., *La perte ou l'affaiblissement de l'identité socio-culturelle ancestrale de l'Afrique noire. Exemple du groupe ethnique Dida : le cas précis de la région de Zikisso en Côte d'Ivoire*, Université de Paris 4, 2001, 235 p. (thèse)

- DECRAENE P., « Les sources du consensus dans les Etats africains », in *Ethiopiennes* n° 16, Revue socialiste de culture négro-africaine, Octobre 1978, en ligne sur <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article706>
- EBOUSSI BOULAGA F., *Les conférences nationales en Afrique noire : une affaire à suivre*, Paris, Karthala. 1993, 229 p.
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir, naissance de la prison*. Paris : éditions Gallimard. 1975.
- GNETO G. J. P., *Les Dida, origines, migrations et peuplements*, Thèse de doctorat unique, Abidjan, Université de Cocody, 2012, 537 p.
- GNETO G. J. P., « Les dida et leurs alliés en côte d’ivoire : modalités et sens d’un rapprochement fécondant », in *Revue Africaine d’Anthropologie, Nyansa-Pô*, n° 24 – 2017
- GONIDEC P., *Les Droits africains, évolution et sources*, Paris, LGDJ, Collection Bibliothèque africaine et Malgache, Droit, 1984, 278 p.
- HOFNUNG M. G., *La médiation*. Paris : PUF, Que sais-je ?, 1995, 127 p.
- INGELAERE Bert et al., *Justice traditionnelle et réconciliation après un conflit violent. La richesse des expériences africaines*. Stockholm : éditions IDEA (International Institute for democracy and electoral assistance. 2009. <http://www.idea.int>. [Consulté le 11 mars 2020].
- KANOUTE Pierre (abbé), « Seule la palabre peut sauver l’Afrique », 1965, cité par Bokonga Ekanga Botombele
- KOUMEALO A., « L’imaginaire de la communication à travers le concept de parole en Afrique et en Occident », *Communication et organisation* [En ligne], 22 | 2002, mis en ligne le 27 mars 2012, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/communicationorganisation/2773>.
- KOUASSIGAN G.A., *L’homme et la terre ; Droit foncier et droits de propriété en Afrique occidentale ; L’homme d’outre mer*, Nouvelle série n° 8, Paris, Berger-Levrault. 1966, 288 pages
- LE ROY E., « La sécurité foncière dans un contexte africain de marchandisation imparfaite de la terre » in BLAN-PAMARD et CAMBREZY coord. *Terre, terroir, territoire, les tensions foncières*, Coll. Dynamique des systèmes agraires, Paris, ORSTOM, 1997, p. 455-472

- LUMBALA B., « L'organisation du pouvoir traditionnel africain », *Le mois en Afrique*, n° 246, 1986, p. 116-125.
- MATOKO E. BAH T. et al., *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*. Préface de Frédérico MAYOR, Publication UNESCO 1999.
- MUNGALA A. S., « L'éducation traditionnelle en Afrique et ses valeurs fondamentales », in *Ethiopiennes* n° 29, revue socialiste de culture négro-africaine, février 1982, en ligne sur <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article838>, consulté le 27/08/2020.
- OKAMBA E., « Le processus d'acculturation en Afrique : les vertus de la palabre locale au service de l'entreprise », in *Cahiers des Sciences humaines*, n° 30, (4), 1994, p. 731-748, voir : [http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/pleins\\_textes\\_4/sci\\_hum/41401.pdf](http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/pleins_textes_4/sci_hum/41401.pdf), accédé le 2 mars 2020.
- PEDONE 1974, *Droit occidental et conception négro-africaine de la famille*. Rapport à la conférence de l'association internationale des sciences juridiques, juillet 1977. in Genève-Afrique vol. 15 n° 2, 1977-1978.
- PERROT C.-H., « Les autorités traditionnelles et l'État moderne en Afrique Subsaharienne au début du XXI<sup>e</sup> siècle », *Cadernos de Estudos Africanos*, 2012, [Online], [<http://cea.revues.org/179>].
- QUIBEL C., « Pouvoir d'agir sur les décisions locales : le cas des conseils des sages », dans *Gérontologie et société* 2012/4 (vol. 35 / n° 143), p. 77 à 81, en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-gerontologie-et-societe1-2012>. visité le 27/08/2020.
- SYLLA L. « Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré. Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines ». *Annales de l'Université d'Abidjan*. Série D, Lettres, littérature, 1980, 13 : 67-106.
- SIX J. F. *Le temps des médiateurs*. Paris : Editions du Seuil, 1990, 164 p.
- SOPOVA J., « Arbres à palabres et systèmes occidentaux », *Courrier de l'UNESCO*, 1999. Disponible à : [http://www.unesco.org/courier/1999\\_03/pdf/courrier.pdf](http://www.unesco.org/courier/1999_03/pdf/courrier.pdf), site visité le 19/08/2020

-TERRAY E., « L'organisation sociale des Dida de Côte d'Ivoire », in *Annales de l'Université de Côte d'Ivoire*, 1969, Série F : 375.



## LA PROTECTION COGNITIVE DU CONSOMMATEUR MALIEN

**Dr Almoustapha Ibrahima MAIGA et Dr Aly Kola KOITA,  
enseignants – chercheurs à l'Université des sciences  
juridiques et politiques de Bamako (USJPB) - Mali**

**Résumé :** *La protection cognitive du consommateur malien est plus que d'actualité dans ses rapports avec les professionnels. L'information soigne l'ignorance et réduit l'erreur lorsqu'elle est d'ordre public et à la charge du vendeur professionnel face à un consommateur vulnérable ou du moins de faible aptitude à contracter. Les récentes réformes, en droit malien et comparé, montrent que la protection du consommateur est extensible à l'abus de faiblesse ou d'ignorance et constituer un remède à l'inégalité entre le consommateur et le professionnel.*

**Mots clés :** *protection, cognition, consommateur, malien, information, obligation, professionnelle, légale, abus, faiblesse, inégalité.*

« Nous sommes tous des consommateurs<sup>1</sup> » déclarait le président Kennedy devant le congrès américain. Le consommateur est une notion fuyante et parfois clivante. Dans son acception large, deux critères étaient utilisés pour le définir. Il s'agit de la compétence professionnelle du vendeur et du rapport direct<sup>2</sup> qui évoquait l'idée

---

<sup>1</sup> Message du président J.-F. KENNEDY au congrès de l'union des Etats-Unis le 15 mars 1962 : « Les consommateurs ? ... nous tous, par définition » déclarait J.- F. KENNEDY en 1962.

<sup>2</sup> L. LEVENEUR, « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », in *Dix ans de jurisprudence commentée, numéro spécial*, G. RAYMOND (dir.), Contrats, conc. consom. déc. 2000, p. 43.

d'une distinction suivant la nature du rapport entre l'acte conclu et la profession exercée. *Stricto sensu*, le consommateur est une personne physique qui se procure ou utilise des biens ou des services pour un usage non professionnel<sup>3</sup>. Cette définition stricte présentait les avantages de simplicité, d'exactitude et même de la rigueur juridique. Conséquemment, elle était facteur de prévisibilité et de sécurité. Une conception stricte du consommateur est de plus en plus contestée au profit d'une conception extensive.

La Cour de cassation a déjà assimilé au consommateur, le professionnel<sup>4</sup>. Dans sa définition initiale, le non-professionnel est une personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Or, cette définition posait des difficultés d'interprétation. Elle induisait, en effet, que la personne morale revendiquant la qualité de non-professionnel exerçait nécessairement une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. En premier lieu, cela revenait à exclure les personnes morales à but non-lucratif, les mettant dans une situation fragile. En second lieu, cela laissait entendre qu'une société commerciale pouvait revendiquer la qualité de non-professionnel. Au fur et à mesure des affaires portées devant les tribunaux, la jurisprudence a exclu les sociétés commerciales du statut de non-professionnel. La loi française de 2017 est venue clarifier cette question en définissant le non-professionnel comme toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles. La société commerciale ne peut donc invoquer le bénéfice de la notion de non-professionnel.

L'article 3 de la loi malienne de 2015 portant protection du consommateur<sup>5</sup> et le règlement relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'espace UEMOA désignent par la notion de consommateur, toute personne physique

---

<sup>3</sup> J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, D. 2015., p. 7 et s.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 juin 2002, n° 99-21899.

<sup>5</sup> Loi n° 2015-036 du 17 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali.

ou morale qui acquiert ou utilise, pour la satisfaction de ses besoins non professionnels, des biens ou des services destinés à un usage personnel ou familial<sup>6</sup> ou toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale<sup>7</sup>. La réforme du 16 juillet 2015<sup>8</sup> fut accueillie avec jubilation pour changer les comportements dans les pratiques commerciales, industrielles ou mettre fin à la situation de dominance à laquelle des bailleurs soumettent leurs locataires. Ladite loi comporte des dispositions pertinentes garantissant la protection et la défense des intérêts du consommateur. Il s'agit de la réglementation des clauses dans les contrats de consommation, l'information appropriée du consommateur sur les biens et services qu'il acquiert ou utilise, la conformité des biens et services, la sécurité du consommateur par rapport aux normes requises, la fixation des conditions et les procédures relatives à la réparation des préjudices subis par le consommateur, la représentation du consommateur à travers les associations constituées conformément aux dispositions de la réglementation en vigueur<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 3 de la loi n° 2015-036 du 17 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali et le règlement n° 0072007/CM/UEMOA relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'espace UEMOA ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, Formation*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ 1993, spéc., n° 77.

<sup>7</sup> C. NOURISSAT, « L'action de groupe, c'est maintenant (ou presque) », *Procédures-Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasser* – mai 2014, p. 5, n° 5.

<sup>8</sup> Loi du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali préc.

<sup>9</sup> Le projet de décret adopté par le Conseil des ministres du mercredi 15 juin 2016, conformément aux dispositions de l'article 72 de ladite loi, a pour objet de fixer les modalités d'application de cette loi, notamment les règles relatives à l'information du consommateur, aux contrats et clauses abusives, aux pratiques commerciales, à l'endettement, au bail et aux moyens de recherche et de constatation des infractions en matière de protection du consommateur. En d'autres termes, le décret précise davantage, dans le cadre de la lutte contre les abus au détriment du consommateur, les rapports entre le fournisseur de biens et services et le consommateur en matière de transactions commerciales.

En droit comparé, une définition est prévue par la loi Hamon selon laquelle un consommateur : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole<sup>10</sup> ». Cette définition a été élargie par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, applicable en France à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2016. Outre le consommateur, l'ordonnance précitée a prévu ainsi une nouvelle catégorie qui est celle du non-professionnel pour désigner « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

Le consommateur est indubitablement un acteur économique à part entière<sup>11</sup>, un cocontractant vulnérable<sup>12</sup> ou faible de son ignorance, un « incapable » à mieux défendre ses propres intérêts<sup>13</sup> face à un vendeur professionnel mieux informé. La faiblesse du consommateur réside dans son « incapacité », de sa faible aptitude intellectuelle à mesurer la portée de ses engagements dans certains domaines de l'activité économique. Néophyte, profane, le consommateur ne maîtrise pas les qualités techniques d'un bien ou d'un service. Cette ignorance lui attribue une moindre aptitude cognitive. Certains contre-pouvoirs s'érigent en droit de riposte pour

---

<sup>10</sup> Loi française n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite loi Hamon.

<sup>11</sup> M-B. N'GOM, *Droit et Intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, thèse en cotutelle Université Gaston Berger de Saint Louis et Université de Nantes, n° 82-83, p. 52, 2007.

<sup>12</sup> V. la notion de vulnérabilité du consommateur J.-P. CHAZAL, « Vulnérabilité et droit de la consommation », Colloque sur la vulnérabilité et le droit, organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000.

<sup>13</sup> V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000. p. 32, n° 11.

le consommateur faible<sup>14</sup> contre son partenaire puissant<sup>15</sup>. Plusieurs mécanismes protègent le consommateur<sup>16</sup> comme la lutte contre les clauses abusives<sup>17</sup>, le déséquilibre significatif<sup>18</sup>, l'abus de faiblesse<sup>19</sup>, le droit de rétractation<sup>20</sup>, le délai de réflexion ou l'information qui a plusieurs utilités selon la nature et la portée de la protection qu'elle incarne. L'information du consommateur pourrait soigner l'erreur, amoindrir les conséquences de l'ignorance et constituer une garantie contre les vices cachés<sup>21</sup>. Le professionnel a l'obligation de renseigner le consommateur afin ce dernier s'engage dans le contrat de consommation sur la base d'un consentement éclairé. Cette obligation de renseignement est contestée par une partie de la doctrine pour laquelle : « un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre des informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile<sup>22</sup> ». Elle consiste à conseiller pertinemment le consommateur sur le bien-fondé de

---

<sup>14</sup> V. sur la notion de partie faible FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, thèse préc.

<sup>15</sup> V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, thèse Toulouse 1, sous la direction de Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, 2000, LGDJ, 2021, n° 501, p. 447.

<sup>16</sup> V. LEGRAND, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la 'loi Hamon' », *Petites Affiches Lextenso* – éditions du 7 mai 2014, p.5, n°91.

<sup>17</sup> V. les art 3, 18 et 19 de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali.

<sup>18</sup> S. MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, préf. Roger BOUT, LGDJ, t. 337, p. 306 -310, n° 363-368.

<sup>19</sup> Art. 3 de la loi n° 2015- 036 du 16 juillet 2015.

<sup>20</sup> R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *R.T.D. Civ.* 1984, p. 327 et s. p. 249.

<sup>21</sup> V. article 40 de la loi n°2015- 036 du 16 juillet 2015 ; V. sur ce point PH. LE TOURNEAU et L. LE CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, Paris 1996, p. 617 n° 2864.

<sup>22</sup> D. LEGEAIS, « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de caution », in *Mél. AEDBF*, 1999, Banque éditeur, p. 265.

l'opération c'est-à-dire les avantages et les inconvénients du contrat. Le consentement du consommateur doit être orienté par des conseils donnés à quelqu'un sur ce qu'il convient qu'elle fasse ou ne fasse pas<sup>23</sup> au mieux de ses intérêts.

C'est Carbonnier qui résume mieux la philosophie consumériste lorsqu'il constatait qu' : « il y a vingt ou trente ans encore, l'un des contractants devait être protégé contre l'autre lorsque sa classe sociale ou sa situation financière le mettait en état d'inégalité pour discuter ou refuser le contrat (...). Mais maintenant, l'inégalité que l'on a en vue, c'est davantage une inégalité psychologique, l'inégalité dans l'information<sup>24</sup> ». L'asymétrie informationnelle entre le vendeur professionnel et l'acheteur consommateur perturbe l'expression du consentement de ce dernier dans la conclusion des contrats. L'information est un remède à cette asymétrie portant sur les connaissances et les compétences. L'identification d'une catégorie de contractants bénéficiant de cette mesure de protection a permis de déduire la faiblesse naturelle du consommateur. Seule confère la qualité de consommateur, la présence manifeste des besoins personnels ou familiaux à l'exclusion de ceux qui sont professionnels. L'analphabétisme de la majorité des consommateurs maliens égratigne la dimension qualitative de l'information à leur profit faisant dire que leur protection est inadaptée<sup>25</sup>. La protection cognitive du consommateur semble inadaptée en droit malien dans son ensemble malgré la consécration d'une obligation légale d'information.

---

<sup>23</sup> H. GROUDEL, « Le devoir de conseil », *RD banc. et de la bourse*, janv.-févr. 1999, p. 12 et s.

<sup>24</sup> CARBONNIER, « Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats », *Journées R. Savatier*, 24-25 octobre 1985, PUF 1986, p. 29 et s. spéc. p. 36.

<sup>25</sup> Sur l'inadaptation des procédés d'information du consommateur au Mali V. A. COULIBALY, *Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal du Mali*, thèse sous la direction du professeur Mayatta M'BAYE N'DAYE, UCAD, 2014.

La faiblesse du consommateur tient aussi de la puissance économique et intellectuelle du professionnel. C'est ainsi qu'est apparue l'idée de restreindre la liberté du plus fort pour plus d'égalité contractuelle<sup>26</sup> entre vendeurs professionnels et acheteurs consommateurs dans les contrats de consommation. Le droit de la consommation est un droit des contrats au service des consommateurs<sup>27</sup> remettant en cause de temps en temps la force obligatoire<sup>28</sup>. L'extension de la protection du consommateur est envisageable à travers les remèdes sanctionnant l'abus de faiblesse et l'inégalité entre les contractants. L'ignorance et la nécessité de conclure le contrat de consommation réduisent quelques fois toute possibilité à mieux le négocier<sup>29</sup>. L'abus de faiblesse ou d'ignorance est consacré dans l'article 3 de la loi de 2015 qui dispose qu' « un abus de faiblesse consiste à exploiter l'état d'ignorance ou de vulnérabilité psychique ou psychologique d'une personne pour l'amener à prendre des engagements dont elle est incapable de voir l'importance<sup>30</sup> ». En droit spécial de la consommation, l'obligation d'information de l'acheteur consommateur par le vendeur professionnel est d'ordre public.

Nous traiterons la protection du consommateur dans sa capacité de cognition. De quelle protection cognitive bénéficie le consommateur malien ? La cognition est l'ensemble des processus mentaux se rapportant à la connaissance dans sa fonction et mettant en jeu la mémoire, le langage, le raisonnement, l'apprentissage, l'intelligence, la résolution de problèmes, la prise de décision, la

---

<sup>26</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, art. préc. p.337 et s. spéc. n° 25, p. 376.

<sup>27</sup> V. LEGRAND et D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/ droit des contrats : le bilan 20 ans après », art. préc. p. 4, n° 75.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 7, n° 75. Les auteurs estiment que cette remise passe par le droit de rétractation et le surendettement des consommateurs qui bénéficient de l'effacement des dettes non professionnelles à l'exception de certaines créances alimentaires (c. conso. art. L.333-1). Cela n'est pas encore applicable au Mali.

<sup>29</sup> V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, *op. cit.*, p. 214, n° 211.

<sup>30</sup> Aux termes de l'article 3 de la loi n° 2015- 036 du 16 juillet 2015.

perception ou l'attention. L'accommodation cognitive est la façon dont les consommateurs règlent et contrôlent les informations venant de l'environnement. La protection cognitive du consommateur permet, par exemple, de lutter contre la dissonance cognitive qui est une situation d'inconfort psychologique ou mental que peut ressentir le consommateur à l'égard d'un achat ou d'une publicité. Dans le cas d'un achat, le phénomène de dissonance peut se traduire par une forme de regret ou même de rancœur vis à vis de la marque ou du vendeur qui peut avoir des conséquences en termes de fidélité ou de réputation.

La protection consumériste attise toutes les convoitises. Les contractants vulnérables et même les professionnels viennent chercher dans le droit de la consommation, une protection qui leur fait défaut en droit commun des contrats. Le critère de distinction du consommateur n'est pas sans reproche<sup>31</sup>. Le consommateur n'a plus l'exclusivité de la faiblesse. De plus en plus, le professionnel ne maîtrise plus sa propre sphère de compétence habituelle. Il peut se trouver dans le même état d'ignorance que le consommateur et n'est pas lui-même protégé contre les abus de puissance économique. Plusieurs contrats sont conclus entre professionnels de même spécialité dans lesquels d'importantes inégalités économiques sont exploitées aux dépens des plus faibles.

Inversement, deux contractants peuvent évoluer dans des sphères de compétences totalement différentes sans que l'on puisse en déduire une rupture de puissance économique et la nécessité de protéger le cocontractant profane. L'avant-projet d'acte uniforme n'est pas resté en marge du redressement de l'égalité cognitive entre contractants faisant dire à une voix autorisée que : « l'avant-projet de texte confirme la tendance à la protection du consommateur qui est la

---

<sup>31</sup> Le doute plane sur la qualité de certains professionnels dans des domaines variés : les personnes morales sont-elles des consommateurs ? Le consommateur est-il l'« utilisateur » ou « un consommateur final », le consommateur moyen et consommateur citoyen ? La réponse affirmative semble relever d'une vraie gymnastique intellectuelle.



partie la plus faible, et partant, la volonté de lutter contre le déséquilibre contractuel en redressant les inégalités, à défaut de les supprimer<sup>32</sup> ». C'est fort de ces constats que nous examinerons, d'une part, une protection cognitive garantie (I) et, d'autre part, une protection extensible (II) du consommateur en droit malien.

### **I. Une protection cognitive garantie**

D'ordre public, l'information du consommateur est une obligation légale (A) et professionnelle (B).

#### **A. L'information, une obligation légale**

Source de pouvoir, l'information fait l'objet de toutes les convoitises. Les obligations générales d'information sont d'ordre public en droit malien de la consommation aux termes de l'article 4 de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015. Tout fournisseur doit, par voie de marquage, par étiquetage ou affichage, par communication des barèmes de prix ou de tout autre moyen approprié, informer le consommateur sur : le prix ; les conditions générales et particulières de vente ; la nature des biens et services ; les caractéristiques essentielles ; les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle ; les modalités et les conditions de vente fixées par voie réglementaires ; le respect des normes et les conditions d'utilisation appropriées conformément aux prescriptions du producteur<sup>33</sup>. Cette annonce publique des prix empêche les discriminations du professionnel contre le consommateur. Les formalités concernent le mode d'emploi, les précautions à prendre, les dates de péremption. Le renseignement incite le professionnel à

---

<sup>32</sup> Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2008, 325.

<sup>33</sup> Article 4 de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 complétées par l'ordonnance n° 07-025/P-RM du 18 juillet 2007 portant organisation de la concurrence au Mali.

conseiller, à proposer et même à dissuader le consommateur par la proposition des solutions qui servent au mieux ses intérêts.

Des garanties portant sur des conditions générales de vente<sup>34</sup> sont requises sous des formes élargies aux spécificités des produits<sup>35</sup>. Le législateur fait allusion à des conditions générales de sécurité<sup>36</sup> pour une information du profane. L'information du consommateur, portant sur des mentions obligatoires, est destinée à identifier le fabricant ou la provenance du produit. La sécurité est l'effectivité de l'information procédant d'une inversion de la charge de la preuve. Il appartient au débiteur d'une obligation d'information d'établir qu'il s'est exécuté. Faute pour lui d'y parvenir, il sera sanctionné. Différents développements ont été consacrés à l'obligation de sécurité en droit de la consommation<sup>37</sup>. Le consommateur s'attend à une sécurité compatible avec l'état de la technique et les conditions d'utilisation du produit ou du service qui découlent de l'usage.

La sécurité a été distinguée de la conformité<sup>38</sup> en ce qu'un produit peut être dangereux mais conforme à la loi. C'est le cas de la vente de cigarettes. Le débiteur de l'obligation d'information est le professionnel en droit de la consommation. L'enjeu de la protection du consommateur porte aussi sur la portée de la responsabilité du professionnel. L'information du consommateur est destinée à éclairer son consentement afin qu'il s'engage en connaissance de cause. Pour éclairer le consentement, le formalisme est source d'information et de réflexion<sup>39</sup>. L'affichage des prix est un moyen de leur contrôle par les agents de régulation. L'archétype du formalisme informatif suscite

---

<sup>34</sup> Article 34 : « Tout bien ou service doit, le cas échéant, comporter le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue et les conditions de garantie »

<sup>35</sup> Il s'agit des articles 35, 36 et 37 de l'ordonnance de 2007.

<sup>36</sup> Il s'agit des articles 38, 40, 41 et 42 de l'ordonnance de 2007.

<sup>37</sup> CALAIS-AULOY, « Ne mélangeons plus conformité et sécurité », *D.* 1993. chron. 130. n° 550 et s.

<sup>38</sup> *Idem*, n° 550 et s.

<sup>39</sup> F. LUCET, « Consensualisme et formalisme, intervention au colloque de Deauville organisé par l'association droit et commerce et relatif à 'L'échange des consentements' », *Rev. jur. com.* 1995, p. 42 et s., spéc .p. 43.

des réflexions sur son affectation au service de l'aptitude du profane à contracter en sus de la sécurité portant sur des produits. L'information chiffrée évite la montée des prix des produits. Le formalisme<sup>40</sup> des actes juridiques, s'il s'opposait à une révision des conventions, avait en revanche, l'avantage d'éviter la conclusion trop hâtive des engagements respectifs et, par-là, donnait à la réflexion le temps d'apercevoir certaines erreurs, et de dépouiller l'objet convoité des apparences illusoires<sup>41</sup>. Le faible pouvoir d'achat et le harcèlement des consommateurs ignorants requièrent une réglementation ciblée de l'obligation d'information. L'information a une dimension qualitative dénotant de son caractère décisif. La loyauté<sup>42</sup>, garantie de la qualité de l'information, moralise les comportements contractuels contre la duplicité, la fourberie, l'hypocrisie, la trahison ou à la dissimulation. Loyauté et bonne foi sont liées à la notion de fidélité protectrice des intérêts du consommateur. C'est une attitude positive ayant pour finalité d'informer le consommateur de faible aptitude pour éclairer son consentement. La découverte du fondement de l'obligation d'information, en droit commun, nécessite de s'intéresser aux mécanismes qui l'ont consacrée à travers l'exigence d'une exécution de bonne foi<sup>43</sup> et des suites que l'équité, l'usage ou la loi imposent à l'obligation<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> V. sur l'utilité du formalisme informatif dans le cautionnement I.-Y. N'DIAYE, « Réflexion sur le droit de cautionnement », *Revue Sénégalaise de droit des Affaires*, n° 5-6-7-8/ 2005-2006, p. 66.

<sup>41</sup> J. LARTIGOLLE, *Justice commutative et droit positif*, Th. Bordeaux, 1955, p. 30.

<sup>42</sup> V. sur la délimitation de la notion de loyauté K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse Université de Rennes 1, 2011, n° 6, p. 4 et s.

<sup>43</sup> Article 77 du RGO, art. 1134 al. 3 du Code civil français et 99 du COCC sénégalais préc.

<sup>44</sup> F. MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Th. LGDJ, t. 221, n° 436 et s., p. 350 et s.

L'information doit être lisible, compréhensible<sup>45</sup>, saine et crédible. La bonne foi ne vise pas seulement le mensonge mais également la réticence qui peut être un mensonge par abstention du contractant lorsqu'il touche à l'objet du contrat. Elle doit être formulée dans la langue officielle ou dans une langue nationale. La langue officielle au République malienne est le français dans lequel doivent être faites la désignation, l'offre, la présentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue et les conditions de la garantie d'un bien ou d'un service. La publicité informe utilement le consommateur lorsqu'elle est sincère et loyale<sup>46</sup>. La réfutation du mensonge à une connotation particulière en matière de vente de médicaments traditionnels. La publicité est destinée à persuader les consommateurs de l'intérêt qu'ils ont à se procurer des biens. Lorsqu'elle est comparative, elle doit être limitée à une comparaison objective qui ne peut porter que sur des caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables des biens ou des services de même nature disponibles sur le marché<sup>47</sup>. Le professionnel attire le consommateur par la publicité qui est tout message adressé par un professionnel au public dans le but de stimuler la demande de biens ou de services<sup>48</sup>. A ce titre, l'information est une obligation professionnelle.

---

<sup>45</sup> V. LEGRAND, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi 'Hamon' », *Petites Affiches* 7 mai 2014, n° 91, p. 5 et s.

<sup>46</sup> P. LE TOURNEAU écrivait qu' : « en autorisant sous certaines conditions la publicité comparative, le législateur permet au consommateur d'être mieux informé » V. « *Les obligations professionnelles* », in *Mélanges à la mémoire de L. Boyer*, Université des sciences sociales de Toulouse 1996, p. 365 et s., spéc., n° 20, p. 372.

<sup>47</sup> V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, thèse précitée, n°459, p. 414

<sup>48</sup> L'affichage dans les rues, la page de magazine, les annonces à la télévision et à la radio. Il y a un annonceur qui cherche à attirer les clients ; l'agence qui, sur la demande de l'annonceur, élabore un support ; le support qui transmet le message au public.

### ***B. L'information, une obligation professionnelle***

Pendant longtemps la notion de professionnel a été liée à la spécialité<sup>49</sup>. De façon classique, deux critères peuvent être utilisés pour identifier le consommateur. Il s'agit d'un critère fondé sur la destination du contrat conclu, c'est-à-dire, sur la nature des besoins à satisfaire et un critère fondé sur l'incompétence et l'ignorance. C'est donc le but de l'acte accompli qui permet de classer son auteur soit parmi les professionnels, soit parmi les consommateurs<sup>50</sup>. La liberté contractuelle du professionnel est en effet aménagée<sup>51</sup>. La partie qui ne dispose pas des mêmes connaissances et compétences que son partenaire n'est pas toujours à même d'apprécier le contenu du contrat, ni la portée des engagements qu'elle s'apprête à souscrire. La maîtrise technique des biens et des services par le professionnel est la raison principale ayant conduit le législateur à reconnaître une obligation d'information au profit du consommateur. Ce qui a fait dire à un auteur que : « (...) le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force obligatoire, se reporte sur la phase de formation de l'acte. Ce faisant, la sécurité recherchée change de nature ; d'objective et source de protection de la partie forte, créancière, elle devient subjective et permet la protection de la partie faible, du débiteur<sup>52</sup>. Le consommateur, devant l'urgence et la nécessité de conclure le contrat, peut succomber à la ruse du professionnel.

En dépit de ce constat, la professionnalisation de l'information doit être mitigée pour évincer l'absolutisme dans l'appréciation de ses critères. Si un tel rapport direct ne peut être établi, le contrat restera soumis au droit commun, de sorte que le professionnel ne sera pas

---

<sup>49</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 octobre 1992 : comm. 32.- CA Besançon, 10 juin 1994 : contrats, conc. consom., 1995, comm.23.- CA Riom, 18 janv.1995 : contrats conc. consom., 1995, comm.172 .

<sup>50</sup> J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1996, n° 7, p. 6.

<sup>51</sup> V. LEGRAND et D. BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation/ droit des contrats : le bilan 20 ans après », *Petites Affiches Lextenso* – éditions du 15 avril 2015, p. 5, n° 75.

<sup>52</sup> V. LASBORDES, *op. cit.*, n° 328, p. 391.

protégé, à tout le moins, pas par le droit de la consommation. En revanche, si l'objet du contrat est détachable de l'activité professionnelle exercée, le professionnel pourrait prétendre au bénéfice du droit de la consommation. Ce n'est pas l'incompétence ou l'ignorance qui justifie la protection mais la nature du lien qui existe entre l'activité professionnelle exercée et le contrat conclu. La compétence, entendue au sens large, est technique et propre à chaque professionnel. Elle porte aussi sur les qualités qui découlent de l'exercice habituel d'une profession notamment les facultés d'adaptation, de prévision et de gestion des différentes difficultés pouvant se présenter. La compétence s'amplifie avec l'habitude et l'expérience. Ce qui devrait conduire à ne pas traiter de la même façon un jeune artisan qui débute et une entreprise renommée qui est entourée de conseillers.

Le professionnel non-spécialiste doit être identifié en fonction des circonstances et non de façon objective et abstraite comme l'est la notion de consommateur. Le critère abstrait du lien existant entre la profession exercée et la destination du contrat devrait être concilié avec un critère concret tenant compte de la compétence du professionnel au regard du contrat et de sa capacité à se protéger. Pour reprendre les propos de Monsieur Mestre, c'est à ce prix que la lutte contre les clauses abusives prendra sa véritable dimension et cessera enfin d'être une stérile bataille de tranchée qui oppose, de manière trop simpliste, le camp des consommateurs naïfs aux professionnels roués<sup>53</sup>. Le critère conduisant le juge à assimiler le vendeur professionnel au consommateur acheteur ne résiderait ni dans la finalité de l'acte, ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle mais dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause<sup>54</sup>. Sous-

---

<sup>53</sup> J. MESTRE, *Rev. Trim. Dr. civ.* 1987, p. 538, obs. sous Cass. civ. 1. 28 avril 1987

<sup>54</sup> D. MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, P.U Aix-Marseille, 1993, p. 23 et s., spéc., p. 47.

estimer les inégalités de puissance économique entre professionnels revient aussi à créer des injustices et incite la doctrine tout comme la jurisprudence à étendre la notion de consommateur au-delà de ses limites naturelles<sup>55</sup>. La nécessité de protéger le consommateur repose sur le constat que les professionnels sont en situation de supériorité. Ces derniers ont des connaissances techniques, des informations et des capacités financières<sup>56</sup>.

Le caractère irréfragable de cette présomption d'incompétence a été déploré en qu'elle serait empreinte de fiction. S'il est logique d'instaurer une telle présomption, c'est à la condition qu'elle soit simple et que la preuve contraire puisse être rapportée. À défaut, on instaure une véritable règle de fond et la protection qui en découle est trop générale et abstraite pour être efficace et juste<sup>57</sup>. La maîtrise technique des qualités du produit par le professionnel pourrait lui permettre d'exagérer leurs utilités fonctionnelles. A l'opposé, il n'est pas à exclure que l'état de besoin du consommateur l'empêche d'exprimer au mieux ses vues<sup>58</sup>. C'est réducteur de considérer que l'analphabétisme, qui n'est pas l'apanage des pays africains, pèse autant sur la libre accessibilité à l'information commerciale. L'information garantit la stabilité des prix. Il faut lever l'équivoque sur le fait qu'en droit de la consommation, le législateur paternaliste ne saurait reprocher l'analphabétisme du consommateur au professionnel. Il sied de responsabiliser davantage le professionnel aguerrri pour que la faible aptitude intellectuelle du consommateur ne soit pas un handicap exploitable.

---

<sup>55</sup> J.-P. CHAZAL, art. préc., spéc., n° 13, p. 263

<sup>56</sup> CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 7, p. 7.

<sup>57</sup> J.-P. CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il ? » 1, *D.* 1997, chron. p. 26 et s. spéc. n° 28, p. 266

<sup>58</sup> V. M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, thèse préc., p.616, n°2 ; S.-S. K. TAMEGUE, « La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution », préc. p. 18, n° 3.

## II. Une protection cognitive extensible

La protection cognitive est extensible à l'abus de faiblesse (A) et contre l'inégalité (B).

### A. L'information, un remède contre l'abus de faiblesse

L'information est un remède contre l'abus de faiblesse ou d'ignorance du consommateur. La protection des consommateurs concerne tout acquéreur à partir du moment où le défaut de compétence professionnelle le place dans une situation d'ignorance<sup>59</sup>. L'abus de faiblesse<sup>60</sup> ou d'ignorance<sup>61</sup> réprime le consentement imposé dans les méthodes de vente où les personnes vulnérables sont particulièrement sensibles à la pression commerciale excessive. La rencontre de volonté peut être faussée lorsque le professionnel a abusé de l'état de faiblesse ou de vulnérabilité de son client pour obtenir son consentement en droit de la consommation. Le client pourra alors invoquer l'abus de faiblesse ou de vulnérabilité pour faire annuler le contrat et obtenir éventuellement des dommages et intérêts. Les consommateurs<sup>62</sup> en situation de faiblesse ou d'ignorance sont des personnes qui ne sont pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elles prennent, de déceler les ruses ou artifices

---

<sup>59</sup> Cf. A. KANTE, « Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : l'exemple du Sénégal », *Penant* 8711, p. 142 renvoi n° 5.

<sup>60</sup> Selon l'article 3 de la loi n° 2015-036 du 16 juillet 2015 : « un abus de faiblesse consiste à exploiter l'état d'ignorance ou de vulnérabilité psychique ou psychologique d'une personne pour l'amener à prendre des engagements dont elle est incapable de voir l'importance ».

<sup>61</sup> Article L 123-8 du Code de la consommation en France.

<sup>62</sup> J. CALAIS-AULEY, « L'influence du droit de consommation sur le droit des contrats », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque des 24 et 24 oct. 1997 organisé par le centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan et par le centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier I, *Rev. Trim. dr. com.* 1997, p. 115 et s., spéc., p. 116.



déployés pour les convaincre à y souscrire. Ce qui suppose dans la pratique une inintelligence économique du profane à s'affranchir de la domination cognitive du professionnel.

L'incitation à s'engager est guidée la création d'un besoin psychologique chez le consommateur sous l'emprise de la domination du professionnel averti. Les supports de la faiblesse sont diverses et variés dans la protection du consommateur. Les supports les plus persistants de la vulnérabilité portent sur la sénilité consécutive à l'âge, l'absence de maîtrise de la langue, les infirmités rédhibitoires, la déficience physique ou psychique, la minorité ou même un simple état de grossesse y est apparenté. La preuve de la faiblesse doit être rapportée pour que la sénilité consécutive à l'âge ou la maladie ne soient pas des raccourcis malhonnêtes au service du consommateur peu scrupuleux. Les causes de vulnérabilité préexistent à la sollicitation du professionnel et indépendantes des circonstances créées lors de la souscription du consommateur à l'engagement qui l'obligera par la suite. La connaissance de la vulnérabilité du consommateur par le contractant professionnel, supposé l'exploiter, est indispensable pour justifier que le vendeur a profité de la faiblesse physique ou psychique d'un client, de son ignorance ou de sa crédulité pour lui faire souscrire un engagement manifestement inadapté à ses besoins.

L'abus de faiblesse est une notion empreinte de subjectivité. Son appréciation dépendrait concomitamment de la nature de l'achat effectué et de la personnalité du consommateur concerné. Un achat, aussi farfelu soit-il, ne permet pas de présumer du caractère abusif de l'opération. Il serait trop facile d'assimiler tous les achats à la l'abus de faiblesse. Pour être considérée comme abusive, la vente doit être clairement disproportionnée par rapport aux réels besoins et aux moyens financiers du client.<sup>63</sup> Le risque pour le professionnel est

---

<sup>63</sup> L'achat, en une seule fois, de 200 kg de légumes par une personne âgée vivant seule Cass. crim, 2 décembre 1998, n° 98-82.001 ; plusieurs appareils strictement identiques à la suite de visites répétées du même démarcheur ont été achetés CA Grenoble, 2 novembre 1995.

l'échange du produit après un achat basé sur l'émotion lorsque l'acheteur baisse de vigilance<sup>64</sup>.

L'absence d'une définition légale uniforme de l'abus de faiblesse ou d'ignorance du consommateur permet au juge d'apprécier et de caractériser souverainement cette infraction. Cette caractérisation judiciaire de l'abus de faiblesse ou d'ignorance dans les contrats civils nécessite une maîtrise de ce mécanisme par le juge. L'utilisation de la notion ne serait pas aussi aisée par le juge pénal dont les pouvoirs d'appréciation et d'interprétation sont plus restreints par rapport à ceux de complétude du juge civil. Ce qui techniquement pourrait affecter l'efficacité de la sanction de l'abus de faiblesse ou d'ignorance dans la protection du consommateur.

La protection duale de l'abus de faiblesse et d'ignorance en droit civil et en droit de la consommation n'est pas innocente même si elle reste encadrée. Cet abus est analysé dans les ventes à domicile, du démarchage par téléphone, en cas de sollicitation personnalisée qu'elle soit nominative ou de ventes ouvertes à un public effectuées sur place ou à domicile, dans la commercialisation des biens ou des services proposés ou dans les foires hebdomadaires, lorsque la transaction a été conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime de l'infraction dans l'impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés qui sont tiers au contrat. Dans la réalité, rien ne s'oppose à ce qu'un professionnel soit créancier de l'information dès lors qu'il ne dispose pas des mêmes connaissances que son partenaire. L'exercice d'une profession ne permet pas d'augurer automatiquement d'une connaissance particulière chez le contractant relativement à l'objet du contrat, spécialement lorsque le produit est nouveau, technique ou dangereux.

Toutefois, cette obligation d'information est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond exigeant généralement un minimum de diligence de la part du professionnel tenu de se renseigner. Son

---

<sup>64</sup> Le juge a ainsi débouté une consommatrice, démarchée à son domicile, qui avait acheté 160 kg de pommes, estimant qu'elle était parfaitement en mesure d'apprécier la portée de son engagement CA Caen, 7 février 1997.

ignorance doit être légitime et son erreur excusable. Subséquemment, le professionnel sera celui qui ignorait une information et n'avait pas la possibilité de l'acquérir ou, ne pouvait pas prévoir l'importance de cette information au regard du contrat en cause. La sanction qu'encourt le débiteur défaillant de l'obligation d'information serait une obligation de résultat<sup>65</sup>. Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation<sup>66</sup>. L'obligation d'information du consommateur rétrécit la distinction entre le vendeur professionnel aguerri et le consommateur acheteur faible de son ignorance. C'est le recul des critères de compétence et connaissance du vendeur professionnel. Le critère professionnel voit ses limites repoussées.

### ***B. L'information, un remède contre l'inégalité***

Le caractère d'ordre public de l'obligation d'information légitime l'existence d'une inégalité contre le consommateur. En droit privé, l'égalité des armes est une technique de protection différente de l'égalité des chances qui est une technique de promotion<sup>67</sup>. Cette égalité des armes se mesure manifestement dans une relation de subordination hiérarchique ou de dépendance économique, intellectuelle, juridique et s'exprime par l'inversion artificielle du rapport inégalitaire à travers l'octroi de prérogative à la partie faible ou l'application de contrainte à la partie forte<sup>68</sup>. L'inégalité des pouvoirs est l'essence des contrats d'adhésion. Elle permet au professionnel d'imposer ses vues face au consommateur parfois dénué de toute alternative à part conclure. Le professionnel est débiteur de l'obligation d'information à cause de l'inégalité des connaissances. La matérialisation du pouvoir du professionnel à une incidence

---

<sup>65</sup> Ph. LE TOURNEAU, « Responsabilité des vendeurs et des fabricants », *Dalloz* référence 2001, n° 257, p. 58.

<sup>66</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, *Bull. civ. I*, n°75 arrêt Hedreul.

<sup>67</sup> P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, PUF, 2003, n° 43, p. 42.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

économique sur l'inégalité des parties au moment dans la formation du contrat. Les contrats de consommation, principalement des contrats d'adhésion, sont le réceptacle par excellence des inégalités de pouvoirs. Le pouvoir se traduit par l'unilatéralisme dans les contrats de consommation. Ces contrats entre professionnels et consommateurs constituent une figure particulière du contrat d'adhésion. Le recours au contrat d'adhésion garantit certes la rapidité et la simplification des échanges commerciaux. Malgré cela, l'utilité économique de ces contrats doit être conciliée avec le souci de protection de l'adhérent contre le pouvoir normatif ainsi conféré à son partenaire. Le contenu du contrat d'adhésion est fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale.

Ce qui est essentiel dans le contrat d'adhésion, qui le distingue du contrat par négociation, c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers<sup>69</sup>. L'adhésion est une manifestation de volonté unilatérale par laquelle l'une des parties accepte de conclure le contrat et par là même, de se soumettre à la loi édictée par son partenaire. C'est cette volonté qui scelle l'accord des parties en conférant à la norme son caractère contraignant et obligatoire. Le contrat ainsi conclu devient la loi des parties même s'il a pour origine la loi du plus fort. Il s'agit de trouver un juste équilibre pour que la loi du marché ne devienne la loi du plus fort pour écraser le plus faible. Les conséquences de la rupture d'égalité dans l'exécution du contrat seraient consécutives au comportement malveillant du professionnel.

Le consommateur n'a pas l'exclusivité de la faiblesse économique et les professionnels peuvent se trouver, au cours de l'exercice de leur activité, dans un état de vulnérabilité comparable voire supérieur. L'inégalité cognitive se manifeste dans les relations entre professionnels qui ne sont pas de la même spécialité ou lorsqu'un produit nouveau, nécessitant des connaissances techniques particulières, apparaît sur le marché. Les auteurs se sont interrogés

---

<sup>69</sup> G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, thèse LGDJ 1973, spéc., n° 42, p. 27.

sur l'influence du droit de la consommation sur le droit commun<sup>70</sup> mais la question de la véritable place de la notion de consommateur et des règles qui assurent sa protection face au professionnel, à l'intérieur du droit des obligations n'a que trop rarement été abordée. Pourtant, la relation entre professionnels et consommateurs n'est que l'une des nombreuses hypothèses de déséquilibre de puissance économique. L'inégalité cognitive se manifeste aussi dans les relations entre professionnels et consommateurs à tel point que l'incompétence de ces derniers se trouve présumée.

La négociation ne garantit pas une égalité parfaite dans la manifestation de volonté du consommateur. L'inégalité du pouvoir de négociateur est la mesure de la protection du consommateur qui est la partie faible de son ignorance. L'inaptitude à la négociation confère à la partie forte un pouvoir selon qu'elle ait pour origine l'incompétence ou la dépendance économique. Le consommateur est défini en raison de la finalité du droit de la consommation qui se veut plus protecteur à la limite paternaliste allant jusqu'à confondre le consommateur et le citoyen, l'usager des services publics ou même encore le consommateur contractant. L'obligation précontractuelle d'information doit conduire le professionnel à faciliter ainsi la compréhension du consommateur, la maîtrise de son engagement en lui offrant toute l'aide nécessaire. En ce sens, elle implique davantage le professionnel qui participe plus activement dans le contrat afin de faciliter la tâche de l'autre partie<sup>71</sup>. Le défaut d'information porte atteinte à la capacité de faire les choix rationnels c'est-à-dire "informés". Décider dans l'incertitude, sinon l'erreur, se présente comme une source d'inefficacité dont le remède est l'information<sup>72</sup>. L'inégalité des connaissances et des compétences entre le professionnel et le consommateur nous laisse déduire que la

---

<sup>70</sup> J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.

<sup>71</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, 1989, LDGJ, n° 87, p. 104.

<sup>72</sup> B. RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements », *RTD civ.* 1985, I, p. 85.

reconnaissance d'une vulnérabilité qui peut cacher des incertitudes notionnelles. Les mécanismes de protection contre les inégalités peuvent parfois être délétères pour le consommateur et l'information avilissante pour le professionnel.

En règle générale, l'exclusivité de la maîtrise technique semble reconnue au professionnel qui est plus informé. L'ignorance du consommateur est susceptible d'abus dans la conclusion des contrats de consommation. Monsieur Mestre rappelle qu'il existe une fracture entre les professionnels selon la puissance économique de chaque contractant et qu'il faut : « briser cette distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels<sup>73</sup> ». Le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte, ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause donc au contrat. La protection du consommateur entraîne l'existence de consommateurs abusifs<sup>74</sup>. La surprotection pourrait être une source de déresponsabilisation, de victimisation permanente, de spéculation sur la vulnérabilité du consommateur. Nous n'exagérons pas la portée d'une telle acception pour ne pas sombrer dans l'apologie du vulnérabilisme. Cependant, l'analphabétisme d'une grande partie des consommateurs maliens requiert que l'information soit un remède à valoriser dans la lutte contre l'inégalité de connaissance et de compétence. L'analphabétisme égratigne la dimension qualitative de l'information faisant dire que la protection du consommateur malien est inadaptée<sup>75</sup>. Le constat est loin d'être

---

<sup>73</sup> J. MESTRE, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Denida*, Dalloz, 1991, p. 252 ; « Le point sur la lutte contre les clauses abusives », *RTD civ.* 1995, p. 362.

<sup>74</sup> R. MARTIN, « Le consommateur abusif », *D.* 1987, Chron. p.150 ; A. SINAY, « Protection ou surprotection au consommateur ? » *JCP* 1991, I, n° 3804.

<sup>75</sup> Sur l'inadaptation des procédés d'information du consommateur au Mali V. A. COULIBALY, thèse préc. p. 35 n° 56.

farfelu et témoigne d'ailleurs du degré d'exigence dans la recherche d'une sécurité cognitive du consommateur. La pertinence d'une sécurité cognitive du consommateur est liée à la sécurité des produits.

En somme, la protection cognitive du consommateur déroge aux règles spéciales du droit commun. Le droit spécial de la consommation est un remède aux imperfections d'un droit commun des contrats. Ce droit commun est basé sur des principes séculaires. En attendant une réforme du droit des contrats, la protection consumériste réduit les inégalités cognitives entre les contractants maliens.





## BIBLIOGRAPHIE

### 1. Textes législatifs et réglementaires

- Constitution du 25 Février 1992 au Mali.
- Loi n° 2015-036 du 17 juillet 2015 portant protection du consommateur au Mali.
- Loi n° 87- 31/AN-RM du 29 Aout 1987 portant régime général des obligations au Mali.
- Ordonnance n° 07-025/P-RM du 18 juillet 2007 portant organisation de la concurrence au Mali.
- Règlement n° 0072007/CM/UEMOA relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments dans l'espace UEMOA.

### 2. Ouvrages généraux et spécialisés :

- BAILLOD R., « Le droit de repentir », *R.T.D. Civ.* 1984, p. 327 et s. p. 249.
- CALAIS AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.
- CALAIS -AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, D. 2015., p. 7 et s.
- CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, précis Dalloz, 4° éd. 1996, n° 7, p. 6.
- CALAIS-AULOY J., « Ne mélangeons plus conformité et sécurité », *D.* 1993. chron. 130. n° 550.
- CARBONNIER, « Introduction à l'évolution contemporaine du droit des contrats », *Journées R. Savatier*, 24-25 octobre 1985, PUF 1986, p. 29 et s. spéc. p. 36.
- CHAZAL J.- P., « Le consommateur existe-t-il » 1, *D.* 1997, chron. p. 26 et s. spéc. n° 28, p. 266.
- CHAZAL J.-P., « Vulnérabilité et droit de la consommation », Colloque sur la vulnérabilité et le droit, organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000.
- COULIBALY A., *Analyse de la concurrence et de la régulation en Afrique : cas du Sénégal du Mali*, thèse sous la direction du professeur Mayatta M'BAYE N'DIAYE, UCAD, 2014.

- FONTAINE M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, tome 221, 1996.
- GHÉSTIN J., *Traité de droit civil, Le contrat, Formation*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ 1993.
- GRÉVAIN-LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse Université de Rennes 1, 2011.
- GROUTEL H., « Le devoir de conseil », *RD banc. et de la bourse*, janv.-févr. 1999, p. 12.
- KANTÉ A., « Réflexions sur le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'UEMOA : l'exemple du Sénégal », *Penant*, 2010, p. 142.
- LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- LE TOURNEAU Ph. et LE CADIET L., *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action, Paris 1996.
- LE TOURNEAU Ph., *Responsabilité des vendeurs et des fabricants*, Dalloz référence 2001.
- LEGEAIS D., « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de caution », in *Mél. AEDBF*, 1999, Banque éditeur, p. 265.
- LEGRAND V., *L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi « Hamon »*, Petites Affiches Lextenso – éditions du 7 mai 2014, p.5, n°91.
- LEGRAND V. et BAZIN-BEUST D., « Droit de la consommation/ droit des contrats : le bilan 20 ans après », art. préc. p. 4, n° 75.
- LEVENEUR L., « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », in *10 ans de jurisprudence commentée*, numéro spécial, G. RAYMOND (dir.), *Contrats, conc. consom.* déc. 2000, p. 43.
- LOHOUES -OBLE J., « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *Rev. dr. unif.* 2008, 325.
- LUCET F., « Consensualisme et formalisme, intervention au colloque de Deauville organisé par l'association droit et commerce et relatif à " L'échange des consentements" », *Rév. jur. com.* 1995, p. 42 et s., spéc. p. 43.

- MAGNAN F., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 2014.
- MARTIN R., « Le consommateur abusif », *D.* 1987, Chron. p. 150.
- MAZEAUD D., « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque organisé par l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, P.U Aix-Marseille, 1993, p. 23 et s., spéc., p. 47.
- MAZIERE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, PUF, 2003.
- MESTRE J., « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges Breton-Denida*, Dalloz, 1991, p. 252.
- MUNCK S., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, préf. Roger BOUT, LGDJ, tome 337, 2000.
- N'DIAYE I.-Y., « Réflexion sur le droit cautionnement », *Revue Sénégalaise de droit des Affaires*, n° 5-6-7-8/ 2005-2006, p. 66.
- N'GOM M.-B., *Droit et Intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence*, thèse en cotutelle Université Gaston Berger de Saint- Louis et Université de Nantes, 2007.
- NOURISSAT C., « L'action de groupe, c'est maintenant (ou presque) », *Procédures-Revue mensuelle Lexisnexis jurisclasseur* – mai 2014, p. 5, n° 5.
- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, LDGJ, 1989.
- RUDDEN B., « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements », *RTD civ.* 1985, I, p. 85.
- SINAY A., « Protection ou surprotection au consommateur ? », *JCP* 1991, I, n° 3804.
- TAMEGUE K. S., *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Harmattan, 2005.
- THIBIERGE-GUELFFUCCI C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997, p. 337 et s. spéc. n° 25.



**LE CONTENTIEUX DE LA REGULATION DANS LES ETATS  
D'AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE. LES CAS  
DU CAMEROUN ET DE LA COTE D'IVOIRE**

**Éric Stéphane MVAEBEME,**

**Ph.D en droit public, assistant à la Faculté de sciences juridique et  
politiques de l'Université de Dschang (Cameroun)**

**Résumé :** *Le contentieux de la régulation est un contentieux émergent dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone en général, et au Cameroun et en Côte d'Ivoire singulièrement. C'est la raison pour laquelle la doctrine ne s'est pas encore beaucoup investie pour le saisir et systématiser. Contrairement à la France, où ce contentieux est déjà très florissant, les Etats objets de l'étude connaissent un contentieux encore assez faible. Le Cameroun est plus à la traîne par rapport à la Côte d'Ivoire.*

*Le contentieux de la régulation est assez différent de ce qui se passe à l'hexagone, c'est ce qui justifie la question de recherche portant sur les caractéristiques de celui-ci. Etant donné que les caractéristiques permettent de distinguer une institution par rapport à une autre ou par rapport à un autre système juridique, l'on peut constater que ce contentieux se caractérise par l'exiguïté de son objet c'est-à-dire que ce dernier ne porte pas sur beaucoup de matières. Qui plus est, ce contentieux se distingue aussi par la mixité de ses modalités de résolution, en même temps il se règle devant les autorités juridictionnelles, en même temps il peut prendre la voie des modes alternatifs pas toujours reconnus et prévus par les textes.*

**Mots-clés :** *régulation, contestation, personnes publiques, operateurs*

**Abstract :** *Regulatory litigation is an emerging issue in French-speaking sub-Saharan Africa in general, and in Cameroon and Côte d'Ivoire in particular. This is the reason why the doctrine has not yet invested much*

*time in understanding and systematising it. Contrary to France, where this litigation is already flourishing, the States under study still have a fairly weak litigation. Cameroon is lagging behind Ivory Coast.*

*Regulatory litigation is quite different from what happens in France, which justifies the research question on its characteristics. Given that the characteristics make it possible to distinguish one institution from another or from another legal system, it can be seen that this litigation is characterised by the narrowness of its subject matter, i.e. it does not cover many matters. Moreover, this litigation is also characterized by the mixed modalities of its resolution, at the same time it is settled before the jurisdictional authorities, at the same time it can take the way of alternative modes not always recognized and provided for by the texts.*

**Keys-words :** *regulation, contestation, public persons, operators*

Les administrations publiques en agissant, c'est-à-dire en exerçant leurs droits, sont exposées, soit à froisser des intérêts respectables, soit à violer des droits des administrés, il en résulte des réclamations<sup>1</sup>. La régulation qui est une fonction de l'administration publique aujourd'hui, n'échappe pas au contentieux. La régulation en Afrique subsaharienne exprime une mutation du système juridique<sup>2</sup>, où la règle générale abstraite laisse un espace plus vaste à des autorités chargées d'en contextualiser l'application. La transformation de la conception du rôle de l'Etat<sup>3</sup> voulue par les bailleurs de fonds à travers les conditionnalités des plans d'ajustement structurel se traduit par la déréglementation qui est un moyen de permettre le

---

<sup>1</sup> Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1900, p. 819.

<sup>2</sup> Voir pour une approche d'ensemble, lire utilement Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne : Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.

<sup>3</sup> Voir aussi Bruno BEKOLO EBE, « Le rôle économique de l'Etat », *Revue camerounaise de management*, n° spécial 1987, p. 31.

désengagement de l'Etat<sup>4</sup>. Celle-ci passe par un ensemble de réformes structurelles visant la modernisation de l'administration publique. Les autorités de régulation participent de cette mouvance de remise en cause de l'Etat dans le cadre du néo-libéralisme économique. Jusqu'à là le problème reste entier, car la régulation demeure une notion floue, un polysème<sup>5</sup>, une notion fonctionnelle<sup>6</sup> qui se laisse seulement appréhender autour d'une définition lexicale<sup>7</sup>. Pour ce faire, il est possible de retenir prioritairement trois définitions du vocable « régulation ».

*Primo*, la régulation peut être appréhendée comme la fonction des autorités administratives indépendantes<sup>8</sup>. Mais, il sied de préciser que cette acception vaut davantage pour la France<sup>9</sup> : c'est là-bas et dans

---

<sup>4</sup> Marc DEBENE, « Le désengagement de l'Etat dans les pays en voie de développement », *Revue administrative*, 1989, p. 161.

<sup>5</sup> Laurence CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 259, 2008, p. 20-23.

<sup>6</sup> Sur la distinction « notion fonctionnelle » et « notion conceptuelle », lire Georges VEDEL, « De l'arrêt Sept fonds à l'arrêt Barenstein (la légalité des actes administratifs devant le juge judiciaire) », *JCP*, 1948, I, p. 682 et s.

<sup>7</sup> « La *définition lexicale* se présente comme une *métadéfinition* prenant, schématiquement, la forme d'une liste de définitions. Le choix d'une définition lexicale peut aussi reposer sur une volonté de montrer la pluralité des définitions et des conceptions dont peut faire l'objet un mot... ». Pour d'amples explications, lire Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodes du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 305-306.

<sup>8</sup> Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon – Sorbonne, 11 octobre 2011, p. 18.

<sup>9</sup> Le Conseil d'Etat français a consacré cette posture en 1983. Lire utilement, EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n° 35, 1983-1984, p. 20. Bien évidemment la Côte d'Ivoire s'inscrit dans ce sillage, *a contrario* le Cameroun a créé des régulateurs avec pour nature juridique des établissements publics. Lire dans ce sens ; Gérard-Martin PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol. 2, n° 1, p. 153-178 ; Cyrille MONEMBOU, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif Camerounais », *Revue béninoise de Sciences Juridiques et Administratives*, n° 38, 2017, p. 223-263.

d'autres Etats africains que les régulateurs détiennent cette nature juridique. La régulation est de ce point de vue la mission des régulateurs, autorités administratives indépendantes<sup>10</sup>, établissements publics (pour certains pays) mis sur pied par l'Etat. Cette définition peut avoir la faiblesse d'être assez ancienne et dépassée<sup>11</sup> mais ce n'est qu'un leurre car elle est souvent reprise dans des écrits doctrinaux actuels<sup>12</sup>.

*Secundo*, la régulation apparaît souvent comme une nouvelle forme de normativité juridique sous la plume de Gérard Timsit. Pour ce dernier<sup>13</sup> et bien d'autres, la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État et la normativité du marché, caractérisée par le dialogue et la souplesse<sup>14</sup>. Une fonction assurée majoritairement par des autorités administratives indépendantes.

*Tertio*, la régulation s'apparente aussi à une fonction à vocation économique<sup>15</sup>. Cela est majoritairement démontré par la doctrine universitaire<sup>16</sup> ainsi que par celle organique<sup>17</sup>. Il appert que la

---

<sup>10</sup> Voir par exemple Jean Louis AUTIN, « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, p. 1213-1214.

<sup>11</sup> Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347 ; Arnaud SEE, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en Droit de l'Université de Strasbourg, 2010, p. 129-140.

<sup>12</sup> René DOSIERE, Christian VANNESTE, *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, t. 1, Rapport, 2010, p. 16-17.

<sup>13</sup> Lire dans ce sens Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996, p. 375-394 ; Gérard TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, p. 145-231.

<sup>14</sup> Laurence BOY, « Régulation et sécurité juridique », in Laurence BOY, Jean Baptiste RACINE, Fabrice SIIRIAINEN (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p.335-338.

<sup>15</sup> Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Dictionnaire de droit public*, Lexinexis, Paris, 2017, p. 424.

<sup>16</sup> Pierre DELVOLVE, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 260.



régulation est une fonction fortement économique mais davantage une fonction de conciliation d'impératifs économiques et non économiques. L'on ne peut que faire chorus avec Gérard Marcou qui affirme que la régulation est « une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel<sup>18</sup> ». Cette pléthore d'acceptions de la régulation converge au point où, *in fine*, la régulation est la fonction générale de l'Etat dans l'économie. C'est dans cette lancée que Sophie Nicinski résume cette activité en « ... une mission générale de l'État vis-à-vis de l'économie (régulation générale [...]), soit à la mission d'autorité de marché indépendante agissant dans un secteur donné (régulation sectorielle). L'idée d'un État régulateur au sens large repose sur la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation<sup>19</sup> ». Le régulateur est ainsi fondé à exercer une mission générale de police administrative selon le juge administratif ivoirien<sup>20</sup>.

En tant que fonction administrative, la régulation doit et peut logiquement faire l'objet de contentieux, puisqu' « aucune activité de l'administration ne peut être soustraite au contrôle du juge<sup>21</sup> ». Ainsi, les interventions<sup>22</sup> des régulateurs charrient *ipso facto* un phénomène appelé « judiciarisation de la régulation économique<sup>23</sup> » entendu

---

<sup>17</sup> EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public*, n° 50, Paris, La documentation française, 1999, p. 328-332.

<sup>18</sup> Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », précité, p. 349.

<sup>19</sup> Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> CSCA arrêt n° 41 du 18 février 2015 Société T3A c/ ANAC (Autorité nationale de l'aviation civile).

<sup>21</sup> Didier TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 364.

<sup>22</sup> *Grosso modo*, Les régulateurs ont pour méthodes classiques la réglementation, les autorisations, les sanctions, le règlement des différends entre les opérateurs ou entre les consommateurs et les opérateurs. Lire Didier TRUCHET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 364 et s.

<sup>23</sup> Claudie BOITEAU, Antoine LOUVARIS, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 3 août 2020, n° 27/2020, p. 1521-1526.

comme l'intensification du recours au juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler les conflits dans le domaine considéré<sup>24</sup>. *Largo sensu*, le terme « contentieux » renvoie à l'ensemble des questions liées à l'existence d'un litige survenu à l'occasion d'une activité<sup>25</sup> (administrative) intéressant les services publics<sup>26</sup>. Mais, une telle définition est évidemment trop générale, puisque tout litige ne nécessite pas toujours l'intervention d'un juge ou d'une « discussion devant les tribunaux<sup>27</sup> ». Les contestations juridiques auxquelles peuvent donner lieu les actes et les décisions de l'administration<sup>28</sup> (régulateur) regroupent le contentieux de façon générique et le contentieux administratif singulièrement.

La question de la régulation renvoie à une nouvelle façon de voir l'Etat dans nos sociétés. L'expression « régulation » si elle n'est pas entièrement nouvelle, a fait l'objet d'une utilisation grandissante, puis systématique à la fin du XX<sup>e</sup> siècle<sup>29</sup>. Au départ il n'y avait pas de régulation car l'Etat faisait tout et intervenait directement dans tous les secteurs relatifs à l'économie et à la production. En France, les exigences communautaires sont souvent brandies pour justifier le recours à la régulation. Les autorités de régulation appelées là-bas « autorités administratives indépendantes », répondent en outre parfaitement au besoin de nouvelles formes d'interventionnisme économique que regroupe le concept de régulation, en réaction au rôle de gestion immédiate de l'économie par l'Etat<sup>30</sup>. La mise sur pied

---

<sup>24</sup> *Ibid*, p. 1521.

<sup>25</sup> Gustave PEISER, *Contentieux administratif*, 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2014, p. 5.

<sup>26</sup> Jean APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence-juridictions –recours*, Dalloz, Paris, 1927, p. 1.

<sup>27</sup> Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> édition, Quadridge, PUF, Paris, janvier 2018, p. 565.

<sup>28</sup> Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, Libraires éditeurs, Paris, 1887, p. V.

<sup>29</sup> Pierre DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, janvier 2021, p. 324.

<sup>30</sup> Sophie NICINSKY, *Droit public des affaires*, 4<sup>e</sup> édition, Lextensoédition, Paris, 2014, p. 78.

d'instances de régulation est souvent motivée par trois raisons : garantir l'impartialité des interventions de l'Etat, permettre la participation des professionnels à la régulation d'un secteur d'activités, et assurer une intervention efficace de l'Etat en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des marchés et de continuité dans l'action<sup>31</sup>.

Historiquement, la question de la régulation accompagne un mouvement de désengagement de l'Etat, quant à ses formes usuelles d'intervention, sous la pression libérale. Cependant, l'Etat doit rester présent pour assurer son rôle de garant et de gardien du marché<sup>32</sup>. L'Etat en Afrique subsaharienne francophone se retrouve démanteler<sup>33</sup> ; il voit ses compétences amputées de tous les côtés, ce qui affaiblit ses capacités d'action sans que, corrélativement, des mécanismes fiables de régulation prennent le relais à d'autres niveaux<sup>34</sup>.

Le contentieux de la régulation est vu sous l'angle des réclamations, des recours, des litiges mettant au-devant de la scène des autorités de régulation considérées comme des personnes administratives. De ce fait, conformément aux différents types de contentieux dégagés par Louis Aucoc<sup>35</sup> et ultérieurement par Edouard

---

<sup>31</sup> Rapport du Conseil d'Etat pour 2001, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, La Documentation française.

<sup>32</sup> Sophie NICINSKY, *Droit public des affaires*, op. cit. p. 78.

<sup>33</sup> Claude MOMO, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p. 968.

<sup>34</sup> Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean François MEDARD, « La crise permanente de l'Etat et la recherche difficile de nouveaux modes de régulation », *Afrique contemporaine (numéro spécial)*, 3<sup>e</sup> trimestre 2001. p. 3.

<sup>35</sup> Cet auteur dégage trois types de contentieux : d'abord le « contentieux administratif proprement dit », dans lequel le juge traite du fond du litige, se prononce sur les droits du requérant et peut substituer sa décision à celle de l'administration ; ensuite, le recours en interprétation d'actes administratifs, à l'occasion de procès qu'il ne juge pas ; enfin, le contentieux de l'excès de pouvoir, limité au contrôle de certaines illégalités et dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse », Léon AUCOC, *Introduction à*

Laferrière<sup>36</sup>, il s'agit essentiellement d'un contentieux de l'annulation dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse. Ces régulateurs présentés en France tels des autorités indépendantes ou des « établissements publics indépendants »<sup>37</sup> peuvent causer du tort aux opérateurs en prenant certains actes ou en réglant injustement des différends, c'est dans ce sens que le contentieux de la régulation est en mesure de naître. En France, malgré la massification croissante du contentieux administratif<sup>38</sup>, le contentieux de la régulation ne figure pas encore dans la liste des contentieux de masse. En Côte d'Ivoire, après le contentieux foncier et domanial, celui de la régulation<sup>39</sup> bien qu'il soit esquivé par la doctrine, détient déjà une bonne place dans les contentieux de masse contrairement à d'autres pays d'Afrique subsaharienne. Le Cameroun commence à peine à découvrir les contestations consécutives aux multiples agissements des organes de régulation qui pullulent dans l'espace administratif. Il faut relever que ce ne sont pas les autorités de régulation qui manquent dans l'espace institutionnel, ces structures sont même légion. Au Cameroun, elles foisonnent depuis le début des années 1990<sup>40</sup>. Ces institutions administratives se retrouvent à la fois dans le

---

*l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'École impériale des ponts et chaussées, Dupont, Paris, 1865.*

<sup>36</sup> A la classification tripartite de Léon Aucoc, Edouard LAFERRIERE y adjoint le contentieux de la répression. Lire Pierre-Yves SAGNIER, « Léon Aucoc, le juge administratif et les recours », *RFDA*, 2018, n° 3, p. 605.

<sup>37</sup> Terminologie utilisée pour désigner les régulateurs au Cameroun, par Gérard-Martin PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol. 2, n° 1, p. 153-178.

<sup>38</sup> Yves GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, 2011, n° 3, p. 465.

<sup>39</sup> Sébastien LATH YEDOH, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire)*, Dossier : *La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p. 15.

<sup>40</sup> Guillaume Joseph FOUA, « Les organismes publics de régulation et de gouvernance en droit public camerounais : Du foisonnement des autorités

champ économique<sup>41</sup> et dans celui des libertés de l'information<sup>42</sup>. Elles sont nombreuses en Côte d'Ivoire<sup>43</sup> au point où un régulateur est singulièrement dédié au secteur cacao-café<sup>44</sup>, ce qui est assez inédit.

Aborder cette analyse, permet de mieux présenter les convergences et les divergences qui existent dans la façon dont le contentieux est résolu dans ces Etats. Surtout dans un contexte où est facilement évoquée l'Afrique subsaharienne francophone comme un espace d'isomorphisme<sup>45</sup> normatif et institutionnel. L'étude étant circonscrite

---

administratives indépendantes et des établissements publics administratifs, *Revue de droit administratif*, n° 1, 1<sup>er</sup> semestre 2012, p. 183-196.

<sup>41</sup> On peut citer l'Agence de régulation des marchés publics (ARMP) créée par le décret n° 2001/048 du 23 février 2001 modifié et complété par le décret n° 2012/076 du 8 mars 2012 ; l'Agence nationale des technologies de l'information et de la communication (ANTIC) régie par le décret n° 2012/180 du 10 avril 2012 ; l'Agence de régulation des télécommunications (ART) dont la réorganisation et le fonctionnement sont régis par le décret n° 2020/717 du 3 décembre 2020 ; l'Autorité portuaire nationale (APN) réorganisée par le décret n° 2019/179 du 5 avril 2019 ; l'Autorité aéronautique du Cameroun (CCA) réorganisé par le décret n° 2019/174 du 9 avril 2019 ; l'Agence d'électrification rurale régie par le décret n° 2013/204 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'Agence d'électrification rurale (AER).

<sup>42</sup> Cas du Conseil national de la communication (CNC) réorganisé par le décret n° 2012/038 du 23 janvier 2012.

<sup>43</sup> Il s'agit notamment de l'ANARE (Autorité nationale de régulation du secteur de l'électricité), l'ARTCI (Autorité de régulation des télécommunication TIC Côte d'Ivoire, l'ANRMP (Autorité nationale de régulation des marchés publics), l'ARRMA (Autorité de régulation de la restauration et des métiers de l'alimentation), la HACA (Haute autorité de la communication audiovisuelle), l'ANAC (Autorité nationale de l'aviation civile), le CNP (Conseil national de la régulation de la presse écrite) devenu Autorité nationale de la presse.

<sup>44</sup> Le Conseil de régulation, de stabilisation et de développement de la filière café cacao dit Conseil de café-cacao.

<sup>45</sup> En matière constitutionnelle, lire absolument, André CABANIS, Michel Louis MARTIN, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff La constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p. 344-358.

à deux Etats appartenant à des espaces d'intégration<sup>46</sup> différents, permettra de relever quelque disparité dans la contestation des agissements des organes de régulation. Cela n'affranchit pas le présent travail des références au droit français en guise de « Droit comparé »<sup>47</sup>.

En France, la question de la particularité du contentieux de la régulation<sup>48</sup> avait déjà été posée, c'est la raison pour laquelle, concernant quelques Etats d'Afrique subsaharienne francophone, l'on peut retenir la question de droit suivante : *qu'est-ce qui caractérise le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire ?* Comme hypothèse, ce contentieux se singularise par une double particularité. La pertinence de cette interrogation réside dans l'identification des caractères du contentieux de la régulation dans les Etats objets de l'étude. Le positivisme étatique<sup>49</sup>, accompagné de la méthode

---

<sup>46</sup> Le Cameroun fait partie de la CEMAC avec le Tchad, la Guinée équatoriale, le Gabon, la RCA, le Congo. Cet espace comprend deux Unions : l'Union économique de l'Afrique centrale (UEAC), qui a pour mission d'harmoniser les réglementations en vigueur au sein des Etats membres afin de dynamiser les échanges commerciaux et faciliter la convergence des politiques économiques au sein de la sous-région ; L'Union monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC), qui est responsable de la convergence monétaire des Etats membres, qui partagent la même monnaie. La Côte d'Ivoire est intégrée dans la CEDEAO qui comprend : le Bénin, le Burkina Faso, le Cap Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau, le Liberia, le Mali, le Niger, le Nigeria, la Sierra Leone, le Sénégal et le Togo. La CEDEAO vise la création d'un vaste bloc commercial grâce à la coopération économique.

<sup>47</sup> Abraham GADJI, *Méthodologie et recueil d'articles en Droit. Thèses et mémoires*, Groupe Medias éditions, Abidjan, mars 2021, p. 11.

<sup>48</sup> Lire dans ce sens, Marie CRESPIY DE CONINCK, *Recherche sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2017, 915 p.

<sup>49</sup> « Le positivisme étatique repose sur les arguments suivants : 1-il n'existe pas de Droit en dehors des règles juridiques édictées par l'Etat ou sanctionnées, ou garanties par l'Etat ; 2-les sources juridiques étatiques sont les principales sources du Droit ; 3-il ne saurait exister de Droit supérieur ou antérieur à l'Etat, le Droit est le fait étatique positif ; 4-la sanction étatique est la caractéristique de la règle de Droit ; 5-les normes juridiques procèdent d'une volonté extérieure à l'individu ; 6-l'Etat n'est lié que par les règles

comparative intégrative<sup>50</sup> et différentielle<sup>51</sup>, serviront d'analyse dans cette étude. En souscrivant au contentieux de la régulation, l'Etat recherche la préservation et la convergence des intérêts tant publics que privés. Dans les Etats concernés, le contentieux de la régulation se caractérise par l'exiguïté de l'objet de ce contentieux, car l'on constate que ce dernier n'est pas ouvert et éclaté, (I). Par ailleurs, comme toute réclamation a vocation à être résolue, concernant le contentieux de la régulation, il fait intervenir une figure juridictionnelle *Janus* et même une alternative à la justice, ce qui met en exergue la mixité de la résolution de ce contentieux (II).

### I. L'exiguïté de son objet

Les organes de régulation disposent de nombreuses attributions dans le sens du pouvoir normatif unilatéral et même bilatéral, d'innombrables pouvoirs dans les domaines du « droit dur » et du « droit souple »<sup>52</sup>, mais ce qui fait beaucoup plus l'objet de contentieux réside dans les sanctions administratives et le règlement des

---

qu'il crée lui-même, toute limitation de la puissance de l'Etat est volontaire. L'Etat est une force juridique donc disciplinée, qui par autolimitation garantit les droits publics et même les droits privés, les droits subjectifs ». Albert BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2<sup>e</sup> édition, A. Pedone, Paris, 1968, p. 265. Pour mieux cerner la quiddité du positivisme étatique, lire absolument, Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1<sup>er</sup>, recueil Sirey, Paris, 1920, p. 265 et s.

<sup>50</sup> Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, *Méthodes et méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, p. 222. « ...Elle met l'accent sur les ressemblances et les similarités, sur ce qui converge entre les ordres juridiques nationaux ».

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 223. « ... c'est-à-dire qui se concentre sur les singularités de chaque ordre juridique ».

<sup>52</sup> Pour mieux cerner cette variante du droit, lire Christophe TESTARD, « Le droit souple, une "petite" source canalisée », *AJDA*, Dalloz, 2019, n° 16, p. 934-940 ; Catherine THIBIERGE, « Le Droit souple. Réflexions sur les textures du Droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre, 2003, p. 599-628 ; Conseil d'Etat, Etude annuelle, *Le Droit souple*, LGDJ, 2013, 297 p. notamment p. 35 et s., avec un passage consacré au « droit souple, instrument de l'Etat régulateur ».

différents. Pourtant, il existe plusieurs types d'actes de régulation contestables<sup>53</sup>. Pour rendre compte de l'exigüité de l'objet du contentieux de la régulation dans certains Etats africains, il faut mettre en lumière le fait que ce contentieux est davantage axé sur la contestation des actes de régulation objective (A) et celle des actes de régulation subjective (B).

#### A. L'étroitesse de la contestation des actes de régulation objective

La régulation objective est le pouvoir de sanction dont l'objet est de mettre en œuvre le droit objectif<sup>54</sup> et positif. Toute organisation a forcément besoin de règles juridiques. Ces règles juridiques nécessaires peuvent être des obligations<sup>55</sup>, des sanctions imposées<sup>56</sup>. Le droit de la régulation obéit nécessairement à ce postulat. L'administration de la régulation a pour fonction d'individualiser et de concrétiser les lois. Dans une grande partie de son activité, elle joue le même rôle qu'une juridiction. De ce fait, elle s'efforce comme elle

---

<sup>53</sup> Il y a quatre types d'actes administratifs unilatéraux de régulation : « les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, les actes de règlement des différends et les décisions adoptées en matière de sanction. » Lire Christos KALOUDAS, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, thèse de doctorat en droit public, Université de Paris II, décembre 2016, 643 p. L'auteur estime opportunément que « la régulation trouve dans les actes administratifs unilatéraux ses moyens d'exercice naturels.

<sup>54</sup> Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, thèse de droit public, Université de Paris I Panthéon Sorbonne, 11 octobre 2011, p. 659.

<sup>55</sup> L'obligation est biface comme Janus : l'interdit et le prescrit. Pour plus de détails, lire utilement Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1966, p. 19.

<sup>56</sup> Sophie DRUFFIN-BRICCA, *L'essentiel de l'introduction générale au Droit*, 15<sup>e</sup> édition, Lextenso, Gualino, Paris, 2019-2020, p. 3.



d'obtenir la conduite sociale désirée par le Législateur en recourant à des actes de contrainte en cas de conduite contraire<sup>57</sup>.

Dans le cadre de la contestation des actes de régulation objective, le contentieux porte sur deux domaines connus et distincts, la régulation économique (1) et la régulation des libertés de l'information (2).

### *1. L'admission de la contestation de la régulation économique*

Réguler l'économie consiste à encadrer de manière fine et constamment modulée les comportements économiques, pour que la logique du marché ne se substitue à celle des intérêts supérieurs de l'économie et de la société<sup>58</sup>. Les secteurs de la régulation économique sont diversifiés, parmi ceux-ci l'on retrouve les marchés publics, les télécommunications et les postes, l'électricité, l'aéronautique, les produits de base c'est-à-dire cacao-café, et le portuaire. L'État régulateur est donc un modèle économique où ce dernier par le truchement de ses institutions personnalisées ou non, construit et maintient l'équilibre socio-économique par la prévention et la correction des dysfonctionnements économiques et leurs externalités sociales et environnementales<sup>59</sup>. Le régulateur « vertical ou sectoriel<sup>60</sup> » ne prend évidemment pas partie pour favoriser l'un ou l'autre des concurrents, son rôle est essentiellement de créer les conditions favorables au développement du marché.

Contrairement au professeur Didier Truchet qui estime que les recours contre les sanctions infligées aux opérateurs relèvent du plein contentieux<sup>61</sup>, dans les Etats d'Afrique objets de l'étude, ce contentieux

---

<sup>57</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thevenaz, édition la Baconnière, Neuchâtel, 1953, p. 127.

<sup>58</sup> Claude MOMO, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p. 968.

<sup>59</sup> Gaétan EDJANGUE, « État régulateur, état actionnaire : Le paradoxe du nouveau rapport Etat / économie en Afrique centrale ? », *Solon, revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Volume III, n° 16, avril 2017, p. 42-43.

<sup>60</sup> Didier TRUCHET, *Droit Administratif*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>61</sup> *Ibid.*

est beaucoup plus celui de l'excès de pouvoir. C'est justement pour cette raison que les mises en demeure préalables à la sanction sont contestées, les procédures d'urgences sollicitées et des recours en annulation examinées dans le fond.

L'acte administratif est, en principe, l'objectif du recours pour excès de pouvoir<sup>62</sup>. Pourtant en Côte d'Ivoire, le juge administratif semble admettre les recours dirigés vers la mise en demeure. Cette dernière est tout de même « un ordre adressé par les autorités administratives encore appelé acte comminatoire<sup>63</sup> ». La mise en demeure, comporte en général, une injonction d'agir dans un certain sens ou de s'abstenir en menaçant parfois le destinataire de sanctions si l'injonction n'est pas observée dans un délai fixé<sup>64</sup>.

Le juge ivoirien a jugé qu'une mise en demeure, sous certaines conditions, est un acte administratif faisant grief. C'est justement le sens des arrêts n° 109 du 22 juin 2016 Orange Côte d'Ivoire contre ARTCI et n° 70 du 22 mars 2017 MOOV-CI contre ARTCI (Agence de régulation des télécommunications de Côte d'Ivoire) dans lesquels le juge administratif statue que : « Considérant qu'il est de principe que les mises en demeure assorties d'une menace de sanction et comportant des délais dans lesquels le destinataire de la mise en demeure devra se conformer à ce qui lui est demandé, sous peine de sanction, sont des actes administratifs ». Il résulte de ce considérant, reprenant à l'identique le considérant de l'arrêt n° 21 du 25 janvier 2012, Hyjazy Youssef, trois principales conditions pour qu'une mise en demeure puisse être considérée comme un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. D'abord, la mise en demeure doit constater une infraction ou un manquement à la législation en vigueur. Ensuite, la mise en demeure doit prescrire que l'infraction ou le manquement doit être corrigé dans

---

<sup>62</sup> Patricia AMBEU, « La chambre administrative, juge de la régulation, *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p. 9.

<sup>63</sup> Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Sirey, Dalloz, Paris, 2015, p. 293.

<sup>64</sup> Voir Conseil d'Etat, ass. 13 décembre 1957, Rouleau, *Rec.* 678

un délai imparti. Enfin, la mise en demeure doit annoncer une sanction s'il n'est pas remédié dans le délai imparti au manquement constaté.

De façon générale, il est aujourd'hui permis de dire que les mises en demeure des régulateurs sont devenues, dans la jurisprudence de la chambre administrative ivoirienne, l'une des catégories de décisions administratives soumises à son contrôle. Cela voudrait peut-être signifier une réelle avancée vers l'Etat de droit où toutes les décisions administratives et même des décisions préalables aux sanctions soient déjà en mesure d'être contestées. Surtout qu'en avançant le fait qu'en France, le juge administratif s'était déjà prononcé là-dessus par la négative<sup>65</sup>. Le juge administratif camerounais, le moins sollicité d'ailleurs, n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les mises en demeure des organes de régulation. Or, ces mises en demeure ne manquent pas. En revanche, concernant les procédures d'urgence, il est déjà intervenu.

L'opérateur économique<sup>66</sup> encore appelé régulé, a la possibilité de solliciter le sursis à exécution des sanctions administratives prononcées par le canal d'actes administratifs. La procédure de sursis à exécution des décisions administratives est liée au principe de l'effet non suspensif des recours exercés devant le juge administratif<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> CE, 18 nov. 1998, n° 143007, Ass. d'éducation populaire Louis Flodrops : *JurisData* n° 1998-051204 ; *Rec. CE* 1998, p. 422.

<sup>66</sup> Au sens de l'art. 5 de la loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, l'opérateur est toute « personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques ». Donc par définition, l'opérateur économique est un agent qui participe à l'activité économique et prend des décisions économiques. Lire dans ce sens, Mathilde AUVRAY, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 17, 2008, p. 71.

<sup>67</sup> Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, thèse de doctorat d'Etat en droit public, Université de Yaoundé II, 2004, p. 285.

En tant que « décision par laquelle le juge, à la demande du requérant, décide de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte administratif dont la légalité est contestée devant lui »<sup>68</sup>, ou « ordre » que le juge « donne à l'administration de différer l'exécution » d'un acte « jusqu'à ce qu'il ait statué au fond »<sup>69</sup>, le sursis à exécution n'est possible que si certaines conditions législatives sont remplies. D'après la législation camerounaise, si l'exécution d'une décision administrative « est de nature à causer un préjudice irréparable et que la décision attaquée n'intéresse ni l'ordre public, ni la sécurité ou la tranquillité publique, le président du tribunal administratif peut, saisi d'une requête, après communication à la partie adverse et conclusion du ministère public, ordonner le sursis à exécution »<sup>70</sup>.

La jurisprudence camerounaise en matière de régulation n'est pas assez riche pour rendre compte de la procédure du sursis à exécution. Mais, il existe tout de même certaines ordonnances dans lesquelles le juge administratif examine les requêtes des régulés. Dans ce sillage, le président du tribunal administratif du centre (Yaoundé) a prononcé l'ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 dans le but d'octroyer le sursis à exécution dans l'affaire Société Orange Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de télécommunications). *in situ*, l'ART avait constaté des insuffisances et des dysfonctionnements au niveau du processus d'identification des abonnés et relevé des non conformités par rapport à la réglementation. En l'absence de liste communiquée par la Société Orange Cameroun, l'ART a infligé une amende de trois milliards au régulé. Le juge administratif a ainsi ordonné le sursis à exécution de cette amende. La doctrine locale n'est pas tendre envers le juge administratif parce qu'elle considère que cette mesure est souvent

---

<sup>68</sup> Yves GAUDEMET, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA*, 1988, p. 422.

<sup>69</sup> Jean RIVERO, Jean WALINE, *Droit administratif*, 16<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz, 1996, p. 194.

<sup>70</sup> Art. 30 al. 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

octroyée de façon discriminatoire<sup>71</sup>, c'est ce qui justifie le nombre bas d'octroi de sursis aux opérateurs.

La chambre administrative ivoirienne a souvent enregistré des demandes de sursis dans plusieurs espèces concernant le droit de la régulation<sup>72</sup>. Malheureusement, le maniement de cette arme procédurale par les opérateurs économiques est malaisé, voire maladroit<sup>73</sup>. Raison pour laquelle, aucune décision de sursis, jusqu'à ce jour, ne leur a été accordée par la chambre administrative. Par exemple, la chambre administrative, par un arrêt n° 125 du 21 novembre 2012, a jugé, à bon droit, irrecevable la demande de sursis de la Société Sophia Airlines au motif que Dame Kodo Esmel Louise épouse Lafont, qui l'avait introduite, ne justifiait pas de la qualité lui donnant intérêt pour agir en lieu et place de monsieur Frédéric Lafont, président du conseil d'administration et représentant légal de la Société Sophia Airlines. Le juge ivoirien a même été confronté à des requêtes où l'acte administratif querellé avait déjà été exécuté, ce qui rendait illusoire le prononcé d'un sursis. C'est le cas dans l'espèce CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ ANRMP où la chambre administrative a, en effet, jugé sans objet la requête en sursis de la SARL KINAN, soumissionnaire évincé, au motif que la décision d'attribution du marché était devenue définitive dans la mesure où le contrat, issu de la lettre d'attribution du marché, a été entièrement exécuté et payé à la date de l'examen du recours en sursis à exécution. En outre de cela, De même, la Haute Cour a jugé sans objet, la requête

---

<sup>71</sup> Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, thèse précitée, p. 285 et s.

<sup>72</sup> CSCA arrêt n° 88 du 23 mai 2012 Sté Sophia Airlines c/ANAC ; CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.

<sup>73</sup> Ce fourvoiement des régulés est d'autant plus visible dans ces affaires : CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.

en sursis de la société MOOV-CI au motif que la décision portant sanction pécuniaire de ladite société a été entièrement exécutée et la pénalité payée depuis le 13 juin 2015. Dans cette affaire, l'ARTCI a sanctionné plusieurs opérateurs mobiles dont la société MOOV-CI pour manquements aux obligations de qualité de service. Cette société a été astreinte au paiement d'une pénalité d'un montant de 331 697.500 CFA dans un délai de huit jours à compter du commandement de payer délivré par l'ARTCI.

En effet, dans les Etats ciblés par la présente recherche, les décisions qui aboutissent à l'annulation pure et simple des actes des régulateurs ne sont pas légion. Ceci est dû au fait que ce contentieux est encore naissant et il cherche ses marques. Les principaux acteurs préposés à son maniement ne maîtrisent pas encore tous les contours encore moins ses rouages. Il est des décisions où les requérants brillent par le désistement<sup>74</sup>, leur amateurisme charriant des innombrables rejets<sup>75</sup>, irrecevabilités<sup>76</sup>, recours classés sans objet<sup>77</sup>, ce

---

<sup>74</sup> Par l'arrêt n° 101, la chambre accède à la requête 2014-138 S/EX du 26 mars 2014 dans l'espèce SOCIETE ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'autorité de régulation des télécommunications CI (ARTCI). *Idem* pour l'arrêt n° 109, la Cour accepte la requête n° 2014-057REP du 21 mars 2014 société ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'Autorité de Régulation des Télécommunications CI (ARTCI) ;

<sup>75</sup> Arrêt n° 54 suite à la requête n° 2014-495 s/ex/ad du 27 novembre 2014 de la société orange Côte d'ivoire c/ l'autorité de régulation des télécommunications en Côte d'ivoire (ARTCI) ; arrêt n° 96 concernant la requête n° 2019-461 S/EX du 13 décembre 2019 cabinet Kanian Consulting et autres C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ; arrêt n° 107 sur la requête n° 2019-446 S/EX du 20 novembre 2019 relativement à l'affaire N'gou Okaugny Yannick Anicet C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics dite ANRMP.

<sup>76</sup> La requête, n° 2012-055 REP du 5 juillet 2012 de la société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI est irrecevable pour recours administratif préalable prématuré ; arrêt N° 32 sur la base de la requête n° 2016-095 REP du 10 mai 2016 concernant l'affaire ENTREPRISE GETRA-BAT C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ; arrêt n° 71 pris sur la base de la requête n° 2015-093 REP du 30 avril 2015 COMIUM Côte d'Ivoire c/ Autorité de Régulation des Télécommunications/TIC Côte d'Ivoire dite ARTCI.

qui aboutit à la situation où très peu de recours sont finalement examinés au fond. L'on pourrait ajouter à cela les délais de traitement des différents recours par le juge administratif dans les Etats africains. En Côte d'Ivoire, « le délai moyen qui sépare le dépôt d'une requête au secrétariat général de la Cour suprême de son jugement est compris entre un an et trois ans et demi, voire quatre ans selon la nature et la difficulté des dossiers »<sup>78</sup>. Au Cameroun, la tendance n'est guère reluisante car si l'on prend le cas de l'ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 qui octroie le sursis à exécution dans l'affaire Société Orange Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de télécommunications), l'on n'est pas encore proche de voir intervenir la décision au fond du juge administratif. Dans certaines espèces, le régulateur intervient même avant que le juge ne statue définitivement en empêchant au juge de se prononcer définitivement. C'est le cas avec l'affaire HEIFFER International c/ A.R.T<sup>79</sup>. *Quid* du contentieux des libertés de l'information ?

---

<sup>77</sup> Arrêt n° 162 sur la base de la requête n° 2015-292 s/ex du 10 juin 2015 de MOOV COTE D'IVOIRE C/ Autorité de régulation des télécommunications/tic de Côte d'ivoire ; arrêt n° 108 sur le fondement de la requête - n° 2016-616 S/EX/AD du 28 novembre 2016 société net services ivoire (netsi) c/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

<sup>78</sup> Patricia AMBEU, « La chambre administrative, juge de la régulation », *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p. 13.

<sup>79</sup> Les faits de la cause portaient sur la saisie des équipements de la Société HEIFFER pour exploitation et vente illégale. La société HEIFFER avait intenté un recours devant le juge administratif contre cette sanction, estimant qu'elle se trouvait dans une plage d'exploitation qui, selon la réglementation en vigueur, ne nécessitait pas une autorisation. Mais la procédure n'avait pas suivi son cours car, l'A.R.T avait anticipé sur la décision du juge en produisant un mémoire en défense dans lequel, elle reconnaissait le préjudice causé. Pour plus de détails, lire Stéphane MAVIANNE EFFA EFFA, *Le juge du contentieux de la régulation des communications électroniques au Cameroun*, Université catholique d'Afrique Centrale Yaoundé - Master 2 en contentieux et arbitrage des affaires 2012.

2. *L'admission de la contestation de la régulation des libertés de l'information*

Dans la jurisprudence des juridictions administratives des Etats africains, il est possible de constater l'émergence d'un contentieux des libertés de l'information. Tout ceci découle de l'extension des activités du Conseil national de la presse (CNP) et du Conseil national de la communication audiovisuelle (CNCA), devenu la Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA) en Côte d'Ivoire<sup>80</sup>, et du Conseil national de communication au Cameroun (CNC).

Ce contentieux porte ainsi sur la régulation de la presse d'une part et de la communication audiovisuelle d'autre part.

En Côte d'Ivoire « Il est créé une instance de régulation dénommée Conseil national de la presse en abrégé CNP, autorité administrative indépendante, qui est chargée de veiller au respect par les entreprises de presse et les journalistes des obligations prévues par la présente loi. A ce titre, il dispose d'un pouvoir disciplinaire »<sup>81</sup>. Cet organe qui est mis sur pied dans un contexte de crise sociopolitique exacerbée<sup>82</sup> exerce une fonction répressive dans le milieu de la presse. Malgré la rareté de ce type de contentieux, le juge administratif a déjà eu à vider sa saisine sur ce type d'affaires. L'on cite : Société 2M. Net c/ Conseil National de la Presse du 19 janvier 2011 ; La Régie Cyclone c/ Conseil National de la Presse du 21 novembre 2012<sup>83</sup> ; le Groupe « La

---

<sup>80</sup> Par ordonnance n° 2011-75 du 30 avril 2011 portant érection du Conseil national de la communication audiovisuelle (CNCA) en Haute autorité de la communication audiovisuelle (HACA).

<sup>81</sup> Art. 38 la loi n° 2004-643 du 14 décembre 2004 portant régime juridique de la presse.

<sup>82</sup> Waliyu KARIMU, *Pacifier la presse écrite en Côte d'Ivoire. Analyse de deux décennies de tentatives de professionnalisation des quotidiens ivoiriens depuis 1990*, thèse de doctorat en sciences de l'information et de la communication, Université de Paris 8 Vincennes Saint-Denis, octobre 2017, p. 185.

<sup>83</sup> *In situ*, le juge a fait recours aux principes généraux du droit en ces termes : « qu'il ne résulte pas du dossier qu'avant la prise de la décision attaquée, le Conseil National de la Presse ait mis la Régie Cyclone en mesure de s'expliquer sur les faits à elle reprochés ; que ce faisant, le Conseil National de la Presse a violé le principe général du respect des droits de la



Refondation » c/ Conseil National de la Presse du 20 mars 2013<sup>84</sup> ; Traoré Moussa c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015 ; Alafé Wakili c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015.

Au Cameroun, il est à noter que c'est le Conseil national de la communication qui est l'organe régulateur tant de la presse que de la sphère audiovisuelle<sup>85</sup>. Cette structure mise sur pied s'inscrit dans la mouvance de la libéralisation et la démonopolisation du secteur de la communication, et ce à travers l'admission des médias privés dans ce secteur<sup>86</sup>. Elle naît avec pour objectifs de garantir aux citoyens une information pluraliste et soustraite aux manipulations éventuelles du pouvoir étatique ou de tous les autres acteurs sociaux<sup>87</sup>. En exerçant ces activités, le CNC peut faire face à un contentieux. Ce dernier n'est pas aussi très fourni car le juge n'a eu qu'à statuer que sur de rares occasions où il a été saisi par des recours visant le régulateur. Pourtant ce ne sont pas les agissements fautifs du régulateur qui manquaient. Dans quelques rares espèces, le juge administratif s'est contenté d'ordonner des sursis à exécution des sanctions administratives prises par le régulateur. Ainsi l'ordonnance n° 34/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du Tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis

---

défense qui s'impose à toute autorité administrative investie du pouvoir de prendre des sanctions disciplinaires ; qu'ainsi la décision n° 013 du 09 juillet 2010 du Conseil National de la Presse infligeant à la Régie Cyclone une sanction pécuniaire et l'obligation de publication de la décision, est entachée d'illégalité et doit par conséquent être annulée... »

<sup>84</sup> Dans cette espèce, le juge a statué ainsi, « qu'en l'espèce, le Groupe La Refondation, après son recours gracieux du 08 octobre 2010 auquel le Conseil National de la Presse n'avait pas encore donné suite, a, sans attendre l'expiration du délai de quatre (4) mois prévu à l'art. 59 susvisé, introduit sa requête devant la Chambre Administrative dès le 27 octobre 2010, formant ainsi un recours juridictionnel prématuré qui conduit nécessairement à l'irrecevabilité de la requête ».

<sup>85</sup> Contrairement à la Côte d'Ivoire où il s'agit de deux organes bien distincts.

<sup>86</sup> Abdouraman HOUDA, *La nature juridique du Conseil National de la Communication*, mémoire de Master, Université de Yaoundé II, 2018, p. 3.

<sup>87</sup> Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif Camerounais », *RASJ*, vol. 2, n°1, 2001, p. 160.

à exécution dans l'affaire opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam au CNC sur la base du recours n° 145/RG/2018 du 17 janvier 2018. Ce recours intervenait suite à la décision n° 000089/CNC du 19 décembre 2017 portant respectivement suspension pour deux mois le directeur de publication de la chaîne de télévision « Vision 4 », et des nommés Monkam Sidonie et Ernest Obama journalistes en service au susdit organe. Dans la même veine, l'ordonnance n° 33/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis à exécution dans l'affaire opposant « Vision 4 » et autre au CNC sur la base du recours n° 044/RG/2018 du 17 janvier 2018. Dans ces deux espèces, les décisions au fond ne sont pas encore intervenues<sup>88</sup>.

Le contentieux de la communication audiovisuelle trouve ses prémices dans l'arrêt Radio Bonne Santé dite RBS c/ Conseil national de la communication audiovisuelle rendu par la chambre administrative de la Cour suprême ivoirienne le 28 décembre 2011<sup>89</sup>. *In situ*, il appert que le Conseil national de la communication audiovisuelle a retiré définitivement à Radio Bonne Santé la fréquence

---

<sup>88</sup> En attendant ces décisions au fond, le régulé a fait volte-face en saisissant le juge judiciaire pour faire condamner le président du CNC. Ce dernier (Peter Essoka) a été condamné en septembre 2018 à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « abus de fonction » par le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Yaoundé. Il devra malgré tout s'acquitter de 50 000 FCFA d'amende à la justice, de 24 500 FCFA de dépens, 10 millions FCFA de dommages et intérêts pour le préjudice moral causé au demandeur et à ses collaborateurs, que sont le président-directeur général du groupe L'Anecdote, Jean Pierre Amougou Belinga et trois de ses journalistes. En fin août dernier, Peter Essoka, déjà poursuivi par le même adversaire, était condamné par le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Ngoumou, situé à une trentaine de kilomètres de Yaoundé, à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « diffamation par voie de média ». Pour les faits, et au titre du préjudice moral, il doit également verser 15 millions FCFA de dommages et intérêts à son adversaire, le groupe de presse L'Anecdote, 785.000 FCFA de réparation à la chaîne Vision 4 et 2 millions FCFA de frais de justice.

<sup>89</sup> Sébastien LATH YEDOH, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire)*, Dossier : *La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p. 19.

106.4 Mhz qui lui était attribuée par décret n° 98-276 du 03 juin 1998 portant approbation de la convention générale pour l'exploitation d'un service public de radiodiffusion sonore. Le régulateur reprochait à Radio Bonne Santé d'avoir utilisé anormalement deux fréquences. Radio Bonne Santé par requête du 4 septembre 2009, saisi la chambre administrative de la Cour suprême pour un recours pour excès de pouvoir. Mais contre toute attente, la chambre administrative a confirmé le pouvoir de sanction du Conseil national de la communication audiovisuelle en déclarant que la Radio Bonne Santé n'est pas fondée à contester la décision de retrait de fréquence. *Quid de la régulation subjective ?*

### ***B. L'étroitesse de la contestation des actes de régulation subjective***

Les autorités de régulation disposent dans un second temps de fonctions contentieuses, c'est-à-dire du pouvoir non juridictionnel de trancher des litiges<sup>90</sup>. Elles possèdent un pouvoir de règlement des différends appelé « régulation subjective »<sup>91</sup>. Cette dernière signifie en quelque sorte que les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de règlement de différends lorsqu'elles doivent sanctionner l'attribution de droits subjectifs. En tant que second volet de l'action des régulateurs, celui-ci peut logiquement aussi faire l'objet de contentieux, bien qu'il soit assez étroit. En réglant des différends intervenus dans le secteur régulé, les régulateurs prennent des décisions qui n'emportent pas forcément l'adhésion des acteurs. Le contentieux survient dans le règlement des différends entre les opérateurs (1) et entre les consommateurs et l'opérateur (2).

---

<sup>90</sup> Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, p. 1062-1063.

<sup>91</sup> Romain RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, thèse précitée, p. 659.

1. *La contestation résiduelle du règlement des différends entre opérateurs*

Au Cameroun, tous les régulateurs sectoriels ne disposent pas des pouvoirs de règlement des différends. C'est une fonction classique d'une autorité de régulation. Il y a justement le cas de l'Agence de régulation des télécommunications (ART) qui possède la qualité pour régler des différends entre les opérateurs. Cela est contenu dans le décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART) qui postule que « l'Agence connaît, préalablement à la saisine de toute juridiction, des litiges entre opérateurs des réseaux de communications électroniques relatifs notamment, à l'interconnexion ou à l'accès à un réseau de communications électroniques au dégroupage de la boucle locale, à la numérotation, à l'interférence des fréquences, à la co-localisation physique, et au partage des infrastructures »<sup>92</sup>. Le régulateur intervient donc pour rétablir les droits et obligations des parties, révélant ainsi que la régulation est aussi une question de rapports de forces<sup>93</sup>. Ainsi, le pouvoir de règlement des différends permet de résoudre des problèmes concrets de concurrence et se substitue donc aux sanctions *ex post* de l'autorité de la concurrence<sup>94</sup>. Dans ce domaine, il peut arriver que le désaccord porte sur la négociation, le refus, l'inexécution ou à la mauvaise exécution des conventions d'interconnexion<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Art. 4 al. 6 du décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART)

<sup>93</sup> Arnaud Moise NNA AMVENE, « L'intervention du régulateur dans les rapports contractuels des opérateurs des industries de réseau au Cameroun », *Lenemro, revue trimestrielle de droit économique*, octobre-décembre 2019, p. 131.

<sup>94</sup> Thomas PERROUD, « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France Royaume Uni », *Droit et Société*, n° 93, 2016/2, p. 317-336, spéc. p. 328

<sup>95</sup> Décision n° 000028/D/ART/DG du 4 mars 2003 portant règlement du litige d'interconnexion entre la société *Mobile Telephone Networks Cameroon* (MTN Cameroon) et la société *Cameroon Telecommunications* (CAMTEL).

Après avoir énuméré les différends entre opérateurs, relevant du pouvoir de règlement de l'Agence, il faut dire que l'énumération faite à l'art. 65 (1) de la loi régissant les communications électroniques n'est pas exhaustive. L'adverbe « *notamment* » utilisé à cet art., laisse penser que l'Agence peut connaître de tout autre litige, dès lors qu'il oppose des opérateurs. C'est le cas des différends liés à la concurrence déloyale<sup>96</sup>. Il faut toutefois noter que les règlements des différends par les régulateurs n'ont pas encore véritablement fait l'objet de contentieux, pourtant une procédure est prévue à cet effet. Celle-ci est prévue dans la décision n° 00000191/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SREG du 2 octobre 2014 fixant les modalités de règlement des différends entre opérateurs des réseaux de communication au Cameroun<sup>97</sup>. Une certaine doctrine estime que l'autre difficulté consiste à désigner les « juridictions de droit commun ». Le texte ne fournit pas de lumière là-dessus, mais par pure logique une personne morale de droit public devrait voir ses actes contestés devant le juge administratif.

En Côte d'Ivoire, l'Autorité de régulation des télécommunications (ARTCI) dispose d'un pouvoir de règlement des différends contenu dans l'ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication<sup>98</sup>. Ses décisions en matière de règlement des différends entre opérateurs peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel d'Abidjan<sup>99</sup>. Le régulateur, par décision n° 2017-0261 du Conseil de régulation de l'ARTCI en date du 7 février 2017 relative à la plainte d'*Atlantique Telecom* sur la différenciation tarifaire et la régulation asymétrique des

---

<sup>96</sup> Décision n° 000022/ART/DAJCI constatant l'extinction du litige portant sur les campagnes publicitaires et opposant ORANGE Cameroun à la société MTN.

<sup>97</sup> Art. 38 « la décision rendue par l'Agence sur le fond d'un différend ne peut faire l'objet de contestation que devant un arbitre ou devant les juridictions de droit commun ».

<sup>98</sup> Art. 72 de l'ordonnance : l'ARTCI est chargée « de connaître et de régler, en premier ressort les litiges du secteur ».

<sup>99</sup> Art. 112 de l'ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication en Côte d'Ivoire.

tarifs d'interconnexion a donné raison au saisissant<sup>100</sup>. Toutefois, il faut mentionner que les décisions de règlements de différends sont considérées comme des actes administratifs par la doctrine<sup>101</sup>, donc susceptibles d'être déferés auprès du juge administratif. Il n'existe pas de décision du régulateur qui ait fait l'objet de recours auprès de la Cour d'appel d'Abidjan après règlement en premier ressort par l'ARTCI. Il est même constaté que les opérateurs saisissent directement le Tribunal de commerce d'Abidjan<sup>102</sup> en cas de litige, ce qui vide la compétence pourtant étendue du régulateur.

*2. La contestation éventuelle du règlement des différends entre consommateur et opérateur*

La loi camerounaise régissant les communications électroniques n'énumère pas les différends entre opérateurs et consommateur. Cependant, cette dernière doit protéger les consommateurs contre les abus des opérateurs. Les litiges entre consommateur et opérateur sont généralement de nature contractuelle. Ils peuvent être liés au non-respect des conditions de formation ou à l'inexécution du contrat d'abonnement, qui est soumis à l'adhésion du client, et dont le choix

---

<sup>100</sup> On peut noter que depuis la prise de cette décision, il n'y a plus de différenciation tarifaire on-net et off-net en côte d'Ivoire, ce qui est de nature à éviter les effets clubs, à faire jouer véritablement la concurrence au profit des consommateurs. L'ARTCI a d'ailleurs constaté la diminution des offres promotionnelles et surtout le phénomène des bonus. Ceci est de nature à limiter la dégradation de la qualité de service dû à l'encombrement des réseaux provoqué par la distribution de gros pourcentages de bonus

<sup>101</sup> Lire dans ce sens, Christos KALOUDAS, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, *op. cit.*

<sup>102</sup> L'on se référera avec intérêt à un jugement rendu entre les sociétés Côte d'Ivoire Télécom et Intel Afrique concernant l'inexécution par la seconde société d'une obligation de paiement au titre d'un contrat de fourniture d'accès à Internet. C'est le tribunal de commerce qui a tranché l'affaire : Tribunal de commerce d'Abidjan, 4<sup>ème</sup> ch., 16 juillet 2013 ; Voir également : litige ayant opposé les sociétés FIT COM et ETELECOM CI au sujet de la construction de deux pylônes, Tribunal de commerce d'Abidjan, 4<sup>ème</sup> chambre, 11 février 2014, [www.tribunalcommerceabidjan.org](http://www.tribunalcommerceabidjan.org) consulté le 7 octobre 2020 à 21h.

se réduit à conclure ou à ne pas conclure un contrat dont le contenu échappe à sa volonté. En ce qui concerne la saisine de l'A.R.T. par un consommateur, la loi régissant les communications électroniques n'en fait pas une obligation. Il s'agit plutôt d'une faculté que le consommateur est libre d'exercer ou non<sup>103</sup>. Par conséquent, à défaut de saisir l'Agence, le consommateur peut saisir les juridictions civiles<sup>104</sup>. Il faut aussi comprendre que les juridictions ne sont pas beaucoup sollicitées ici parce que les consommateurs préfèrent souvent se rapprocher des associations de défense de leurs droits qui se chargent d'interpeller l'opérateur sur ses obligations contractuelles.

Dans le champ des télécommunications et TIC en Côte d'Ivoire, « toute personne physique ou morale peut saisir l'ARTCI pour demander réparation d'un préjudice subi... ou de toute autre demande survenant dans le cadre des activités des télécommunications/TIC »<sup>105</sup>. Mais cette voie est très peu usitée car les consommateurs préfèrent se rabattre directement sur le Tribunal de commerce d'Abidjan<sup>106</sup>, pourtant textuellement incompétent. Le contentieux de la régulation dans ses deux volets semble étriqué et assez complexe au regard de son objet. Sa résolution brille aussi par une certaine mixité et hétérogénéité qui semblent ne pas faciliter sa systématisation.

## II. La mixité dans sa résolution

Le contentieux de la régulation se caractérise par le fait qu'« il n'existe pas qu'un ( *juge de la régulation économique* ) : le contentieux de

---

<sup>103</sup> L'art. 52 (9) de la loi régissant les communications électroniques dispose en effet que : « le consommateur a droit à la saisine de l'Agence et des organismes de protection des consommateurs des plaintes contre le fournisseur de services ».

<sup>104</sup> Civ. 1, 5 octobre 1999. *Bull.* 260 ; inédit.

<sup>105</sup> Art. 109 de l'ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

<sup>106</sup> Tribunal de commerce d'Abidjan, 30 janvier 2014, RG n° 1836/2013, [www.tribunalcommerceabidjan.org](http://www.tribunalcommerceabidjan.org). Consulté le 8 octobre 2020 vers 2h du matin.

la régulation, et tout particulièrement de la régulation économique, relève de figures juridictionnelles diverses »<sup>107</sup>. Ce qui en ajoute encore à la complexité déjà visible de ce contentieux, c'est le fait que des modes non juridictionnels sont aussi prévus pour le régler. On peut généralement les classer dans la catégorie des modes alternatifs de règlements des litiges administratifs<sup>108</sup>. L'engouement pour ces mécanismes alternatifs est visible dans les Etats africains mais leur pratique croissante vient davantage de la France (sous l'impulsion du droit de l'Union européenne), qui très tôt a compris les enjeux de cette autre façon de régler les conflits.<sup>109</sup> La mixité du règlement du contentieux de la régulation se manifeste par l'asymétrie de la résolution juridictionnelle (A) et par l'excentricité de celle non juridictionnelle (B).

#### *A. Une résolution juridictionnelle asymétrique*

Manifestation d'un Etat de droit expansionniste<sup>110</sup>, le contrôle juridictionnel des autorités de régulation est un impératif catégorique. Les juges ordinaires, c'est-à-dire les juges administratif et judiciaire sont préposés au contrôle des actes des régulateurs sectoriels dans des Etats d'Afrique même si la nécessité d'un tribunal unique de la régulation<sup>111</sup> s'impose. Dans les Etats intéressées par l'étude, il se

---

<sup>107</sup> Rozen NOGUELLOU, « L'office du juge de la régulation », *RDP*, n° 2, 2014, p. 329.

<sup>108</sup> Lire dans ce sens, Philippe YOLKA, « Les modes alternatifs de règlements des litiges administratifs », Pascal GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, (dir), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p. 585-630.

<sup>109</sup> Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, 1993, 163 p.

<sup>110</sup> Nicole DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in Nicole DECOOPMAN (dir), *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993, p. 220.

<sup>111</sup> À titre d'exemple, les Pays-Bas ont mis en place une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie. Ce tribunal couvrant tous les secteurs sauf les médias, il connaît donc de l'ensemble des décisions des régulateurs dans le



dégage un constat clair, selon lequel, la judiciarisation<sup>112</sup> du contentieux est asymétrique, c'est-à-dire qu'elle est cardinale du côté du juge administratif (1) et marginale chez le judiciaire (2).

*1. L'intervention cardinale du juge administratif*

Le juge administratif a toujours entretenu avec le contentieux économique un rapport particulier<sup>113</sup>. Celui-ci s'est reconnu compétent pour juger des actes et de l'activité des organismes que la doctrine et les textes français et ivoiriens désignent sous le syntagme d'autorités administratives indépendantes. Cette compétence des juridictions administratives a d'ailleurs permis d'affirmer la nature administrative de ces autorités ainsi que de leurs actes.

*Grosso modo*, les régulateurs sont considérés comme des structures agissant pour le compte de l'Etat. Pour mieux les saisir, il est opportun

---

domaine des communications électroniques, de l'énergie, des transports, et du droit de la concurrence. Cependant, il n'est composé que de magistrats. En Grande Bretagne, il y a le *Competition Appeal Tribunal* qui est une juridiction spécialisée ; le caractère le plus saillant tient d'abord à sa composition qui reflète un souci louable d'assurer un véritable recours de pleine juridiction devant une instance dotée des compétences pour contrôler les appréciations économiques des autorités de concurrence. La composition de cette juridiction manifeste ainsi l'objectif de faire du *Competition Appeal Tribunal* une juridiction de qualité irréprochable. Elle dispose de magistrats confirmés, de juristes rompus au contentieux et au droit, ainsi que de spécialistes renommés en économie. Lire utilement, Thomas PERROUD, « Faut-il créer un tribunal de la régulation », 2016, Aix-en-Provence, France, p. 19-21. Pour une analyse plus poussée : Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2011, p. 898 et s.

<sup>112</sup> « La judiciarisation est entendue ici comme l'intensification de l'intervention du juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler des conflits dans le domaine considéré... ». Lire dans ce sens, Claudie BOITEAU et Antoine LOUVARIS, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p. 1523.

<sup>113</sup> Lire les analyses classiques de Roland DRAGO, « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, 1972, t. 3, p. 455 et de Jean Claude VENEZIA, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 147.

de les présenter sous l'angle du proscrit et du prescrit. Il est à juste titre proscrit de considérer les autorités de régulations comme des juridictions. En Côte d'Ivoire, l'idée est reprise dans un arrêté du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'Autorité nationale de régulation des marchés publics (ANRMP). L'art. 2 de cet arrêté présente la cellule recours et sanctions (CRS), organe de l'ANRMP, chargé de trancher les litiges ou de régler les différends, comme étant « un organe non juridictionnel »<sup>114</sup>. Etant donné que les juridictions administratives compétentes ne sont saisies ni pour interjeter appel ni pour se pourvoir en cassation, administre aussi la preuve que ces institutions ne sont pas des juridictions. D'ailleurs, ces structures ne rassemblent pas les critères classiques<sup>115</sup> doctrinaux d'identification d'une juridiction. C'est à bon droit que, sous l'arrêt *Société Jan de Nul contre Autorité de régulation des marchés publics*, rendu le 30 décembre 2014 par la chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, dans lequel un auteur fait observer,

---

<sup>114</sup> Paterne Yapi MAMBO, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », in Magloire ONDOA et Patrick Edgar ABANE ENGOLO, *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque Organisé à l'Université de Yaoundé-II, les 19 au 20 janvier 2017, p. 123.

<sup>115</sup> La qualité de juridiction à un organisme repose sur trois critères : le critère matériel, le critère organique et le critère formel. Le critère matériel est celui qui s'intéresse aux qualités intrinsèques de l'acte et qui définit l'acte juridictionnel comme un acte destiné à trancher définitivement un litige conformément au droit. Le critère organique se rapporte à la nature de l'organe qui exerce la fonction juridictionnelle. Le critère formel, quant à lui, est relatif aux formes et procédures appliquées. Lire dans ce sens, René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1975, p. 265-297 ; Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, p. 691-816 ; Pierre LAMPUE, « La notion d'acte juridictionnel », *Revue du droit public*, 1946, t. 62, p. 5-67 ; Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 1-29.

péremptoirement, que l'autorité de régulation des marchés publics « n'est pas une juridiction »<sup>116</sup>.

Par ailleurs, le professeur Kobo, dans un rapport consacré à l'affaire *Société Dragon de Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, qui a donné lieu à la reddition par la Haute juridiction d'un arrêt en date du 27 février 2013 conclut qu'« on ne saurait regarder l'Autorité nationale de régulation des marchés publics comme une juridiction »<sup>117</sup> malgré les hésitations de la doctrine<sup>118</sup>. Au Cameroun, le problème ne se pose presque pas dans la mesure où la jurisprudence et les textes ne reconnaissent aucune nature juridictionnelle aux régulateurs. La doctrine peut tout de même leur reconnaître des fonctions « para juridictionnelles »<sup>119</sup> plus proches de la médiation, de l'arbitrage et du précontentieux que de la fonction juridictionnelle. Ce n'est pas comme en France où actuellement la doctrine se demande réellement si la fameuse distinction entre l'administration et la juridiction est encore

---

<sup>116</sup> Konan ADJE, « Note sous l'arrêt n° 188 du 30 décembre 2014, Société Jan de Nul contre Autorité nationale de régulation des marchés publics », in *La Tribune de la Chambre administrative* (de la Cour suprême de Côte d'Ivoire), n° 4, avril 2015, p. 17-25, spéc. p. 19.

<sup>117</sup> Pierre-Claver KOBO, *Rapport sur l'Affaire Société Dragon de Côte d'Ivoire c/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, Abidjan, 23 novembre 2012, 8 p., spéc. p. 5. Cité par Paterné Yapi MAMBO, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publiques dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, p. 124.

<sup>118</sup> Lire la relativisation des critères classiques d'identification d'une juridiction par Laure MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et s. Suivie par Paterné Yapi MAMBO, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publiques dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, p. 128-130.

<sup>119</sup> Claude MOMO, « La régulation économique au Cameroun », *op. cit.*, p. 975.

soutenable et utile<sup>120</sup>. Mais, tout compte fait, le postulat demeure : « réguler n'est pas juger »<sup>121</sup>.

Il est davantage prescrit ou recommandé d'identifier les autorités de régulations telles des « personnes administratives »<sup>122</sup>. En tant que tels, les régulateurs sectoriels sont qualifiés tantôt comme des autorités administratives indépendantes, tantôt comme des établissements publics selon les cas. Concernant l'ANRMP-CI, l'art. 2 du décret n° 2013-308 du 8 mai 2013 portant modification du décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant son organisation et fonctionnement la qualifie singulièrement et de façon insolite d'« ... organe spécial indépendant ». Mais le juge administratif ivoirien au travers de la décision *Société Dragon-Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, rendue le 27 février 2013 prononçant l'annulation par l'autorité de régulation d'un marché attribué au requérant a prescrit que : « Considérant que l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics est un organe administratif ». Les choses sont fort simples pour l'Agence de régulation des télécommunications/TIC de Côte d'Ivoire car le décret du 19 décembre 2012 portant son organisation et son fonctionnement précise que : « l'ARTCI est une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »<sup>123</sup>. La Haute autorité de la communication et de l'audiovisuel (HACA) s'inscrit dans ce modèle<sup>124</sup>. La formulation même de ce décret est un peu malheureuse car le droit français enseigne qu'une AAI par essence ne saurait détenir la personnalité juridique<sup>125</sup>. Si par extraordinaire, elle

---

<sup>120</sup> Laure MILANO, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et s.

<sup>121</sup> Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, n° 20, 2004, p. 1060-1069.

<sup>122</sup> Marcel WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939, p. 226.

<sup>123</sup> Art. 2 du décret n° 2012 du 19 décembre 2012.

<sup>124</sup> Art. 2 du décret du 21 décembre 2011 portant organisation fonctionnement de la HACA.

<sup>125</sup> Aude ROUYERE, « Les personnes publiques spécialisées », in Fabrice MELLERAY, Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 1,

venait à la détenir, il ne s'agirait plus d'une AAI mais plutôt d'une Autorité publique indépendante<sup>126</sup>. Cette maladresse est peut-être due à la jeunesse<sup>127</sup> des AAI dans le paysage administratif africain qui tarde encore à intégrer ces nouvelles catégories de « personnes publiques spécialisées »<sup>128</sup>. Toujours en Côte d'Ivoire, l'ordonnance n° 2008-08 du 23 janvier 2008 portant Code de l'aviation civile institue l'Autorité nationale de l'aviation civile (ANAC-CI) en la désignant comme « ... AAI dotée de la personnalité morale, de l'autonomie financière et gestion dans les conditions fixées dans le présent Code ». Même la commission de la concurrence et de la vie chère est une AAI.

A la différence de la France et de la Côte d'Ivoire, le Cameroun a opté pour un statut différent de ses autorités de régulation. Il leur attribue la qualité d'établissement public qualifié doctrinalement d'« indépendant »<sup>129</sup>. Il s'agit beaucoup plus d'« établissements publics sectoriels »<sup>130</sup> présentés comme des instruments de la décentralisation sectorielle<sup>131</sup>. Ces autorités rentrent dans une catégorie fixée par la loi du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics et des entreprises publiques. Cela se vérifie avec l'Agence de régulation des télécommunications<sup>132</sup> (ART),

---

Dalloz, Paris, 2011, p. 354. Lire aussi, Conseil d'Etat, Rapport public, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 2001, p. 257.

<sup>126</sup> Sébastien MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 1<sup>er</sup> janvier 2013 n° 1, p. 54.

<sup>127</sup> Abdoulaye DIARRA, « Les autorités administratives indépendantes dans les Etat francophones d'Afrique noire. Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin », *Afrilex*, 2000/00, p. 2. Lire Nadjombé GBEOU-KPAYILE, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les États d'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, thèse de doctorat en droit, Poitiers, 2011, 487 p.

<sup>128</sup> Cyrille MONEMBOU, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, p. 223-263.

<sup>129</sup> Gérard PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op. cit.*

<sup>130</sup> Jean WALINE, *Droit administratif*, 26<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016, p. 204 et s.

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

<sup>132</sup> Art. 2(1) du décret n°2020/717 du 3 décembre 2020 portant réorganisation et fonctionnement de l'ART : « l'agence est un établissement public à

l'Agence de régulation des marchés publics<sup>133</sup> (ARMP), l'Agence de régulation du secteur de l'électricité<sup>134</sup> (ARSEL), l'Autorité portuaire nationale<sup>135</sup> (APN), l'Agence nationale des technologies de l'information et de la communication (ANTIC). Ce modèle de régulateur donne la possibilité à l'Etat d'être toujours présent dans la gestion de la régulation, car ces structures ploient sous une double tutelle, financière et technique et fortement rattachées à l'Etat. En revanche, il existe d'autres régulateurs qui n'ont pas la qualité d'établissement public, mais peuvent être rangées parmi les Autorités administratives tout court ou Autorités administratives *sui generis* car difficilement intégrées dans une catégorie connue. Elles ne sont ni AAI ni API. On cite le Conseil national de communication<sup>136</sup> (CNC) qui logiquement détient la personnalité juridique car étant souvent partie aux procès administratifs<sup>137</sup> et la Commission nationale de la concurrence<sup>138</sup> qui n'est pas véritablement un régulateur sectoriel

---

caractère spécial doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

<sup>133</sup> Art. 2 (1) du décret n° 2001/048 du 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'ARMP : « L'Agence est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

<sup>134</sup> Art. 1 (2) du décret du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL : « L'Agence est un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

<sup>135</sup> Art. 2 (1) du décret du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement de l'APN : « L'Autorité est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative ».

<sup>136</sup> Lire la tentative de classification du CNC, Houda ABDOURAMAN, *La nature juridique du CNC*, mémoire de master II en droit public, université de Yaoundé II, 2018, 138 p. L'auteure qualifie le CNC d'AAI pourtant textuellement le CNC détient la personnalité juridique. Il serait de ce point de vue une API mais sans l'indépendance voulue et reconnue à ce genre d'organe.

<sup>137</sup> Cf. les espèces opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam C/ CNC ; « Vision 4 » et autre c/CNC.

<sup>138</sup> Régie par le décret n° 2005/1363/pm du 6 mai 2005 portant fixation de la composition et des modalités de fonctionnement de la commission nationale

comme les autres. Tous ces organes sont censés poser des actes administratifs.

La qualité d'autorité administrative reconnue à certains régulateurs a pour conséquence d'attribuer à leurs actes ou décisions une nature administrative, du moins au regard des textes juridiques et de la jurisprudence, repris par la doctrine. Dans l'arrêt rendu le 27 février 2013 par la chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, *Société Dragon-Côte d'Ivoire dite DRACI contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, la qualification administrative des décisions rendues par l'autorité de régulation est donnée, de manière implicite, par le juge, en ces termes : « Considérant que l'Autorité nationale de régulation des marchés publics est un organe administratif ; qu'il s'ensuit que le recours d'excès de pouvoir à l'encontre de ses décisions, contrairement à ce qu'elle soutient dans son mémoire en défense, reste soumis à l'obligation du recours administratif préalable ».

En droit camerounais, comme la majorité des régulateurs sectoriels relève des établissements publics dotés de prérogatives de puissance publique, il est logique de retenir que leurs actes sont par nature des actes administratifs. D'ailleurs leur contestation se fait devant le juge administratif<sup>139</sup>. Ainsi les actes posés, jusqu'au règlement des différends font partie des actes administratifs. Il s'agit d'une décision

---

de la concurrence. D'après l'art. 2, elle a pour missions : -d'examiner et d'émettre un avis sur toutes les questions relatives à la politique nationale de la concurrence ainsi que sur les projets de textes législatifs et réglementaires susceptibles d'influencer l'exercice de la concurrence sur le marché intérieur ; -de rechercher, contrôler et, le cas échéant, poursuivre et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles définies dans la loi relative à la concurrence ; - d'apporter l'expertise et l'assistance nécessaires à la prise des décisions de justice en matière de concurrence.

<sup>139</sup> Jugement n° 007/2016/TA/GRA du 10 février 2016 dans l'affaire Tchamadak Gilbert Pentecôte C/ Etat du Cameroun (Agence de régulation des marchés publics) où justement le juge a statué sur l'irrecevabilité du recours du plaignant pour recours gracieux préalable mal dirigé ; l'ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 octroyant le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de télécommunications).

administrative qui résulte de l'application des principes constants du droit administratif selon lequel les décisions prises par une autorité administrative ont en principe un caractère administratif<sup>140</sup>. En droit français, le Conseil constitutionnel a estimé, lorsqu'il fut saisi en 1996 de la loi instaurant l'Autorité de régulation des télécommunications, que les décisions de règlement des différends « constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »<sup>141</sup>. Les actes des régulateurs pris en matière d'agrément et d'autorisation, de sanction et de règlement de différends sont en principe des actes administratifs car ils cristallisent « l'expression d'un pouvoir »<sup>142</sup> à même de faire l'objet d'un contrôle de légalité. Cette modalité de contrôle étant l'expression classique et naturelle du juge administratif. Quid du juge judiciaire ?

## 2. L'intervention marginale du juge judiciaire

Le juge de la régulation est un *Janus*. D'une part, le juge administratif pris comme « juge de la puissance publique régulatrice »<sup>143</sup> et d'autre part le juge judiciaire, juge exceptionnel. Le

---

<sup>140</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>ème</sup> édition Montchrestien, Paris, 2001, cité par Barkat DJOHRA, *Le contentieux de la régulation économique*, thèse précitée, p. 31.

<sup>141</sup> Cons. Const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 cité par Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Unis*, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2011, p. 439. Point de vue partagé par la Cour d'appel de Paris, Voir Cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> Ch., section H, 28 avril 1998, *SA France télécom, société Paris TV câble (SLEC)*, n° RG 97/00209 : « Que s'agissant de ses prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'autorité de régulation dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication »

<sup>142</sup> Georges DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman*, Paris, 1977, p. 205-213.

<sup>143</sup> Claudie BOITEAU et Antoine LOUVARIS, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p. 1523.



contentieux de la régulation étudié ici est majoritairement un contentieux de l'annulation faisant intervenir le juge administratif tel que préconisé par Léon Aucoc. L'office du juge judiciaire dans ce contentieux ne serait que marginal.

Les autorités de régulation indépendantes participent à l'exercice des prérogatives de puissance publique à travers l'édition de décisions sous forme d'actes administratifs soumis au régime guidant l'action des autorités administratives ordinaires et sous le contrôle du juge administratif. Toutefois, le législateur écarte ce critère en attribuant à d'autres instances juridictionnelles cette compétence. C'est justement le cas de la Cour d'appel d'Abidjan qui est compétente pour intervenir dans le contentieux des télécommunications. Il s'agit à proprement parler d'une compétence marginale car l'ARTCI est une AAI et de ce fait ses actions sont justiciables devant le juge administratif considéré par Léon Duguit comme le « juge des actes administratifs d'autorité ou de puissance publique »<sup>144</sup>. *in situ*, le secteur des télécommunications en Côte d'Ivoire fourmille d'opérateurs, l'Etat a ainsi créé l'ARTCI pour réguler en son nom ce secteur économique. D'après le *dictum* de l'art. 112 de l'ordonnance n° 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication, « les décisions de l'ARTCI peuvent faire l'objet de recours devant la Cour d'appel d'Abidjan dans un délai d'un mois après leur notification ». Ce qui voudrait dire que des contestations des actes et décisions de l'ARTCI peuvent être introduites auprès de la juridiction judiciaire représentée par la Cour d'appel d'Abidjan.

Etant donné que c'est « l'ordre juridique qui est producteur de complexité »<sup>145</sup>, c'est la même ordonnance qui précise que : « les décisions à caractère administratif que l'ARTCI prend dans

---

<sup>144</sup> Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p. 151.

<sup>145</sup> Serge DIEBOLT, *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, thèse doctorat en droit, Université de Paris X Nanterre, septembre 2000, p. 25 et s.

l'accomplissement de ses missions sont susceptibles de recours en annulation dans les conditions définies par la loi portant création, organisation et fonctionnement de la Cour suprême »<sup>146</sup>. Sans oublier que toujours dans la même ordonnance, les décisions juridictionnelles aussi peuvent faire l'objet de recours et les sursis à exécution peuvent être ordonnés après saisine du premier président de la Cour d'appel d'Abidjan qui statue en matière de référé<sup>147</sup>. Cette intervention marginale du juge judiciaire ivoirien dans le contentieux des autorités de régulation charrie une véritable complexité qui est visible même sur le plan pratique. En témoigne le jugement rendu par le Tribunal du commerce d'Abidjan, le 8 mai 2014, dans une affaire concernant la société Orange Côte d'Ivoire<sup>148</sup>. Ce qu'il y a lieu de relever aussi est que, l'intrusion du juge judiciaire dans le contentieux de la régulation est en réalité un décalque ou une situation de mimétisme des dispositions du droit français en la matière. En France, cette dérogation est justifiée par certaines explications ; *primo*, pour une bonne administration de la justice<sup>149</sup>, *secundo*, du fait de la technicité du domaine économique, le juge judiciaire est présenté comme un « juge spécialisé »<sup>150</sup>, et *tertio*, le juge judiciaire paraît plus soucieux de la protection des libertés. Si le transfert de compétence au profit du juge judiciaire d'un contentieux de nature administrative, constitue

---

<sup>146</sup> Art. 113 (2) l'ordonnance n° 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

<sup>147</sup> Art. 113 (1) de l'ordonnance n° 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

<sup>148</sup> Cette espèce a permis la mise en évidence de plusieurs situations : la reconnaissance de la vaste étendue de la compétence juridictionnelle de l'ARTCI, le déni de la compétence de l'ARTCI par le Tribunal de commerce d'Abidjan. La reconnaissance de la compétence des tribunaux judiciaires dans le contentieux de la régulation est source de conflits de compétence.

<sup>149</sup> Décision du Conseil constitutionnel français du 23 janvier 1987.

<sup>150</sup> Touati Mohand CHERIF, *Les autorités de régulation économique à l'épreuve des exigences du procès équitable*, thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, Faculté de droit et sciences politiques, 1<sup>er</sup> juillet 2019, p. 170.

une singularité, et une démarche inédite, il bouleverse néanmoins le schéma classique de répartition de compétences et secrète de la complexité couplée à de l'incohérence dans le contentieux.

La compétence du juge judiciaire au Cameroun est aussi marginale car son intervention est aussi exceptionnelle dans le contrôle des régulateurs sectoriels ou non. A propos, au Cameroun, il existe une institution de régulation qui n'est pas du tout sectorielle mais cela ne fait pas moins d'elle une autorité de régulation : il s'agit de la commission nationale de la concurrence<sup>151</sup> (CNC). En tant que régulateur, la commission a un pouvoir de sanction qui cristallise des « actes administratifs d'autorité »<sup>152</sup> curieusement non justiciables auprès du juge administratif. Dans le cas d'espèce, les sanctionnés peuvent contester les agissements de la CNC en deux étapes. *Primo*, les contrevenants peuvent, dans un délai de quarante-cinq jours suivant la notification des sanctions, contester les décisions prises par la commission nationale de la concurrence par une lettre adressée à son président avec accusé de réception<sup>153</sup>. *Secundo*, si dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre de contestation, la commission nationale de la concurrence et le requérant ne s'entendent pas sur l'objet de la contestation, ce dernier porte l'action devant le Tribunal de première instance du siège de la commission nationale de la concurrence qui statue en dernier ressort sur ledit objet. Faute de quoi, la décision de la commission nationale de la concurrence est maintenue<sup>154</sup>.

Du côté des télécommunications, les actes du régulateur (ART) s'offrent à plusieurs voies contentieuses. Il est précisé que « les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »<sup>155</sup>. Ce qui

---

<sup>151</sup> Lire la loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence, titre 3, art. 21-23.

<sup>152</sup> Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public, op. cit.*, p. 151.

<sup>153</sup> Art. 41 (1) de la loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

<sup>154</sup> Art. 42 de la loi n° 98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

<sup>155</sup> Art. 65 (8) de la loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun.

signifie que celui qui conteste les actes du régulateur des télécommunications (en l'occurrence le comité de règlement des différends), il peut soit demander un arbitre, soit il saisit les tribunaux de droit commun. Il est vrai que le texte n'a pas précisé ce qu'il entend par « tribunaux de droit commun ». Mais par interprétation, il est possible que ce soit en même temps les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Le contentieux de la régulation est-il seulement résolu de façon juridictionnelle ?

### ***B. Une résolution non juridictionnelle excentrique***

La résolution du contentieux de la régulation n'est pas seulement l'œuvre du juge officiel ou du juge étatique, elle peut encore être menée par d'autres techniques qu'on regroupe souvent sous l'appellation « modes alternatifs de règlements des litiges administratifs ». Il s'agit de procédés de résolution des différends impliquant l'administration, sans recourir au juge<sup>156</sup>. Certains arguments sont mobilisés pour l'engouement concernant leur mise en œuvre : encombrement des juridictions étatiques, besoin de souplesse, gain de temps et d'argent, recherche d'équité<sup>157</sup>. Parmi ces modes alternatifs, l'arbitrage (1) et la transaction (2) retiennent l'attention car considérés comme sources de singularité et d'originalité dans le cadre spécifique du contentieux de la régulation des télécommunications.

#### *1. La singularité de la résolution arbitrale des litiges*

L'arbitrage est « un mode conventionnel de règlement des litiges par les particuliers choisis directement ou indirectement par les parties, et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant force obligatoire et pouvant être

---

<sup>156</sup> Cf. art. 33 de la charte des NU qui vise la médiation, la conciliation et l'arbitrage.

<sup>157</sup> Philippe YOLKA, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », in Fabrice MELLERAY, Pascale GONOD (dir.), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p. 586.

exécutoire »<sup>158</sup>. L'excentricité de ce mode de résolution de litige découle du fait qu'il a beaucoup plus pignon sur rue en droit privé.

Le principe qui gouverne le règlement des contentieux publics est en général leur « inarbitralité »<sup>159</sup> même si les personnes administratives impliquées seraient parties à des rapports de droit privé<sup>160</sup>. Ce, en raison des prérogatives de puissance publique et du privilège de juridiction qui voudraient que l'État (et ses démembrements) ne soit justiciable, du moins pour des questions internes, que de ses propres tribunaux<sup>161</sup>. Le principe du refus de l'arbitralité se comprend dans la mesure où celui-ci provient de la France. Cette dernière se considère comme un « Etat de justice »<sup>162</sup> dans la mesure où l'arbitrage présente l'originalité d'être une justice privée. Les Etats africains d'expression française ont donc repris cette prohibition dans leurs différents ordres juridiques. Il est ainsi admis que les personnes publiques ne peuvent se soumettre à l'arbitrage. C'est du moins ce que défendait déjà Edouard Laferrière en disant qu'« il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit

---

<sup>158</sup> Paul-Gerard POUGOUE, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *RCADI*, vol. 380, 2016, p. 123.

<sup>159</sup> Maurice KAMTO, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Philippe FOUCHARD (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 89.

<sup>160</sup> En droit positif camerounais, le principe de l'interdiction de l'arbitrage en droit administratif a été posé par les art. 36 et 577 du Code de procédure civile et commerciale. Le juge administratif s'est toujours montré prudent en affirmant qu'il n'est pas compétent pour un arbitrage, CS/CA, n° 22/2010, 25 août 2010, *NJEUKWA c. État du Cameroun*. Toutefois, il a toujours existé des exceptions : l'art. 30 du Code des investissements prévoit une procédure d'arbitrage pour certains conflits nés de l'interprétation des conventions d'établissement.

<sup>161</sup> Éric Ngango YOUMBI, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4 t. XXXIII, p. 459.

<sup>162</sup> Philippe YOLKA, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p. 587.

jugé que par des juridictions instituées par la loi »<sup>163</sup>. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs formulé un avis du 6 mars 1986<sup>164</sup> qui est resté gravé dans la pierre du contentieux administratif.

La prohibition originelle de l'arbitrage des contentieux où sont parties les personnes publiques participe d'un dispositif de protection du système administratif, c'est-à-dire de la protection de l'administration et de son juge. Les Etats africains concernés dans la présente étude ne font que reprendre des principes en vigueur en France, tout comme les tempéraments à l'inarbitralité. Parmi ces assouplissements, l'on note l'aspect *ratione personae* qui voudrait qu'en Afrique sous l'impulsion du droit OHADA, que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) puissent se soumettre à l'arbitrage. Relativement à l'aspect *ratione materiae*, c'est le domaine contractuel qui est le plus indiqué. Pour ce qui est de ce type d'arbitrage, cette restriction au domaine contractuel trouve son fondement à l'art. 21 du titre IV du traité OHADA de 1993, tel que modifié en 2008 qui dispose qu' :« en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat (...) peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage... »<sup>165</sup>.

L'excentricité de la résolution du contentieux de la régulation vaut ici tout son pesant juridique car parmi les domaines admis à compromettre en interne, il n'est nullement fait mention de la régulation. C'est en droit positif camerounais<sup>166</sup> que cette situation a pignon sur rue, d'autant plus qu'en France<sup>167</sup> où généralement les

---

<sup>163</sup> Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2, 2<sup>e</sup> édition, berger-Levrault, 1896, p. 152.

<sup>164</sup> Lire dans ce sens, Yves GAUDEMET, Bernard STIRN et *alii*, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2008, p.161 et s.

<sup>165</sup> Cf. l'art. 2.1 du règlement de procédure de la CCJA de 2017.

<sup>166</sup> Au Cameroun, il existe un Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM (Groupement inter patronal du Cameroun).

<sup>167</sup> De ce côté, l'arbitrage est considéré comme une mission du régulateur. Lire Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Arbitrage et droit de la régulation », in Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Coll. "Droit

Etats africains copient, le contentieux de la régulation ne fait pas intervenir en interne une quelconque procédure d'arbitrage avec comme partie un régulateur sectoriel ou même concurrentiel. Concernant la Côte d'Ivoire, l'arbitrage ne figure nullement dans les différentes contestations des agissements et actions des autorités administratives indépendantes.

*In situ*, c'est la loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, qui prévoit que « les décisions de l'organe (régulateur, en l'occurrence l'Agence de régulation des télécommunications) sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »<sup>168</sup>. Il est important de noter que le recours à l'arbitrage était régi par les art. 37 (2) et 37 (5) de la loi du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications. D'après l'art. 37 (2) de cette ancienne loi, l'Agence était chargée de commettre un ou plusieurs arbitres, en cas de contestation par l'une ou l'autre partie de la décision rendue par elle. La procédure d'arbitrage était donc organisée par l'A.R.T., qui se faisait *ipso facto* juge et partie de sa propre cause. Ce qui allait à l'encontre des principes régissant le droit à un procès équitable. La nouvelle loi de 2010 a donc reconduit cet arbitrage interne. Cette situation est un peu insolite et originale dans le sens où la procédure d'arbitrage date de 1998 alors qu'à cette époque l'arbitrage était fortement prohibé. Il est assez difficile de connaître la *ratio legis* de l'insertion de cette modalité de contestation de l'action du régulateur sectoriel. L'un des maîtres-mots de la l'arbitrage est la confidentialité, Ce principe voudrait que chaque partie puisse se confier librement à l'arbitre, et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci<sup>169</sup>. Donc,

---

et économie de la régulation", vol. 3, Presse de Sciences Po / Dalloz, 2005 p. 223-240.

<sup>168</sup> Art. 65 (8).

<sup>169</sup> Stéphane EFFA EFFA MAVIANE, *Le juge du contentieux des communications électroniques au Cameroun*, Mémoire de master en contentieux et arbitrage des affaires, Université Catholique d'Afrique Centrale-Yaoundé, 2012, p. 70.

par principe, les sentences arbitrales ne doivent pas faire l'objet de publication<sup>170</sup>. Cette alternative à la justice peut tout de même faire l'objet d'annulation devant le juge judiciaire, ce qui renforce son caractère excentrique. Ainsi, le juge compétent à cet effet est prévu à l'art. 4 (1) de la loi n° 2003/ 009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, qui dispose que : « le juge compétent visé par les art. 25 et 28 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est la Cour d'appel du ressort du lieu de l'arbitrage ». Dans ce contentieux, l'arbitrage fait corps de façon illicite avec la transaction.

## 2. La singularité de la résolution transactionnelle des différends

Au Cameroun, le contentieux de la régulation fait aussi intervenir une « alternative à la justice »<sup>171</sup> sous la forme transactionnelle<sup>172</sup>. Ici, l'exigence des concessions réciproques est fortement respectée<sup>173</sup>. Il est important de signaler que la transaction bien qu'elle soit interdite de principe aux personnes publiques<sup>174</sup> doit être licite, c'est-à-dire reconnue dans certaines terres d'élection de nature économique. En France, de façon non exhaustive, elle est présente notamment dans la responsabilité des personnes publiques, le domaine contractuel, le contentieux administratif de la répression (fiscalo-douanier), les atteintes aux propriétés publiques ou d'atteintes à la concurrence.

---

<sup>170</sup> Il n'a pas été possible de retrouver une sentence arbitrale impliquant un régulateur et un régulé, probablement pour deux raisons ; *primo*, peut-être parce qu'il n'y en a pas encore du fait du caractère naissant de ce contentieux ; *secundo*, peut-être du fait de la confidentialité qui recouvre l'arbitrage.

<sup>171</sup> Philippe YOLKA, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p. 590.

<sup>172</sup> D'après le Code civil, la transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». (art. 2044).

<sup>173</sup> Loïc CADIET et Thomas CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 86.

<sup>174</sup> Éric Ngango YOUNBI, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p. 455.



Concernant la Côte d'Ivoire, la personne publique peut transiger uniquement dans les champs fiscal, douanier et financier.

C'est de façon illicite que la transaction est utilisée dans le contentieux des télécommunications au Cameroun. C'est ainsi que dans les affaires *RINGO S.A. c/ ART*<sup>175</sup> et *MTN Cameroon c/ ART*<sup>176</sup>, l'on a assisté à un désistement collectif des requérants au profit d'une procédure transactionnelle inconnue des textes encadrant les communications électroniques au Cameroun. Le *modus operandi* utilisé reposait sur des « protocoles d'accord ». Ces derniers ont été conclus entre le gouvernement de la République du Cameroun, représenté par le ministre des Finances et le ministre des Postes et Télécommunications. Dans l'affaire *Orange Cameroun c/ ART*, un protocole ayant pour objet la formalisation de l'entente entre l'Etat du Cameroun, Orange Cameroun et sa filiale Orange Cameroun Multiservices sur le montant à payer pour un règlement transactionnel et définitif des pénalités et redevances ainsi que les modalités de règlement du montant transactionnel. Au regard de l'art. 2 du protocole susmentionné, « l'Etat du Cameroun consent à procéder à un abattement de 60 % sur les sommes réclamées à *Orange Cameroun* et *Orange Cameroun Services* telles que validées par l'agence de régulation des télécommunications au titre des redevances

---

<sup>175</sup> L'opérateur RINGO S.A. avait introduit un recours devant le Tribunal administratif du Centre pour l'annulation de la décision de sanction n° 00052/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 09 juin 2011 portant sanction pour exploitation sans autorisation de bandes de fréquences dans les villes non autorisées de Yaoundé, Douala, Limbe et Bafoussam qui lui avait été infligé et qui l'obligeait à payer un montant de 520 950 550 FCFA en guise de pénalités.

<sup>176</sup> Dans l'affaire *MTN c/ ART* devant le Tribunal administratif du Centre, le recourant demandait l'annulation de la décision n° 00000266/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SCO du 03 octobre 2013 portant sanction de *MTN Cameroon* pour l'établissement de 146 liaisons de transmissions interurbaines sans autorisation pour une pénalité de 2 100 000 000 FCFA.

d'utilisation de fréquences pour les années 2002 à 2014 incluse »<sup>177</sup>. Il sied de préciser qu'en contrepartie à cette dépense fiscale inédite, la société *Orange Cameroun* « s'engage à mettre un terme définitif à toute action judiciaire pendante portant sur les pénalités dues auprès des tribunaux ou quelque instance que ce soit »<sup>178</sup>. Bien que ces « protocoles d'accord » dont la nature juridique est en débat soient inédits<sup>179</sup> et excentriques, on les regroupe assez aisément sous la bannière de la transaction administrative. Le Cameroun se démarque ainsi de la Côte d'Ivoire dans la mesure où cette technique a pignon sur rue sans fondement légal mais aussi parce que les pouvoirs publics camerounais, conscients de la rareté des opérateurs ne souhaiteraient pas les heurter au point de les faire partir.

\*

\* \*

En définitive, le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire est un contentieux assez jeune et naissant, il cherche encore ses marques. D'ailleurs sa massification est encore en pleine construction, mais à ce stade il est déjà possible de dégager quelques caractéristiques. Il est étriqué dans son objet car il s'oriente beaucoup plus vers la contestation des actes de régulation à la fois objective et subjective. Le contentieux indemnitaire et de la responsabilité ne sont pas encore mobilisés. Ce contentieux est aussi mixte ou hétérogène dans son règlement. Cela a d'ailleurs pour effet de secréter de l'incohérence et partant de la complexité, d'autant plus que l'arbitrage est même autorisé dans les télécommunications.

---

<sup>177</sup> Il est important de noter que dans ce protocole d'accord que lesdites redevances sont ainsi ramenées à la somme de onze milliards trois cent trente-cinq millions neuf cent treize mille quatre cent FCFA.

<sup>178</sup> V. art. 4 du protocole d'accord entre Orange Cameroun et l'Etat du Cameroun.

<sup>179</sup> Louis Christian AWONO, *Le domaine public hertzien en droit camerounais*, mémoire de master en droit public, Université de Yaoundé II, 2015, p. 156.

L'on ne peut que déplorer l'articulation de ce contentieux pour appeler à son unification qui devrait déboucher sur une politique jurisprudentielle claire et originale. Aussi, le débat sur la réforme du statut des organes de régulation mérite d'être engagé.



**LE POUVOIR DE REVISION CONSTITUTIONNELLE EN  
AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : LES CAS  
DU BENIN, DU MALI ET DU SENEGAL**

**Allaye NIANGALY,  
enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques et  
politiques de Bamako/Mali**

**Abdoul SOGODOGO,  
enseignant-chercheur à l'Université des sciences juridiques et  
politiques de Bamako/Mali**

On apprend de la pensée des auteurs de la déclaration française des droits de 1793 qu'« un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »<sup>1</sup>. Cette disposition formulée de manière convaincante, tend à faire croire que le pouvoir constituant est toujours libre. Dans le même sillage, Jean Jacques Rousseau opine qu'« un peuple est toujours maître de changer ses lois, mêmes les meilleures »<sup>2</sup>. A ce titre, la question des révisions constitutionnelles occupe une place centrale au sein du constitutionnalisme africain<sup>3</sup>. La révision totale ou partielle, permanente ou temporaire, prend, du fait de son sens et de ses usages souvent contre nature, une tournure polémique remarquable dans

---

<sup>1</sup> Cf. art. 28 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793.

<sup>2</sup> Voir Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L. II, ch. XII, p. 353.

<sup>3</sup> J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », in *Politeia*, n° 7, Printemps 2005, p. 583-622.

plusieurs Etats<sup>4</sup>. Au demeurant, la révision de la Constitution<sup>5</sup> est devenue presque un phénomène de mode en Afrique noire francophone<sup>6</sup>. Désormais, réviser la Constitution relèverait d'un véritable défi démocratique même dans les pays africains les plus mûrs<sup>7</sup>. En réalité, les enjeux ne sont pas les mêmes et diffèrent d'un pays à l'autre. La Constitution n'est pas un texte figé rédigé afin de perdurer dans le temps sous sa forme initiale<sup>8</sup>. En raison de l'évolution de la société, les constituants originaires ont prévu dans le texte un pouvoir de révision de la Constitution. Une lecture croisée des dispositions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone, permet de s'apercevoir que la volonté des constituants originaires n'était pas de vouloir faire perdurer un texte figé<sup>9</sup>. Ainsi, à des fins de l'évolution de la société et des temps, les Constitutions ont naturellement vocation à être modifiées<sup>10</sup>. Ainsi peut-on s'interroger sur la portée de la révision constitutionnelle: si l'on révisé la Constitution doit-on la modifier dans l'intégralité de ses dispositions ou au contraire se limiter à une certaine partie d'entre elles ?

Il importe de préciser que, dans bien de Constitutions dans le monde, il existe des interdictions de réviser certaines matières.

---

<sup>4</sup> I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, éd. CREDILA, 2011, p. 7.

<sup>5</sup> D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Les Annales de droit*, n° 10, 2016, p. 119.

<sup>6</sup> F. D. MELEDJE, « La révision des Constitutions dans les Etats africains francophones : esquisse de bilan », in *Revue du Droit Public*, n° 1, 1999, p. 112.

<sup>7</sup> M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33, 2018, p. 667.

<sup>8</sup> Voir C. A. TOURE, « La Constitution à l'épreuve du temps : cas du Mali », in *Annales africaines*, n° 14, Vol. 1, 2021, p. 1-25.

<sup>9</sup> S. BOLLE, « Le pouvoir de révision peut-il tout faire ? », [www.la-Constitution-en-afrique.org](http://www.la-Constitution-en-afrique.org), (consulté le 8 août 2020).

<sup>10</sup> M. SHIGERU, « L'acte constituant et le temps », in *La Constitution et le temps*, V<sup>e</sup> Séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, (dir.) A. VIALA, *L'Hermès*, 2003, p. 37.

Evidemment, les constituants africains ont posé diverses interdictions<sup>11</sup> quant à la révision de leur Constitution. Ainsi, le propre de toute Constitution est de prévoir les modalités de sa propre révision<sup>12</sup>. Dans ce cadre, le détenteur du pouvoir de révision de la Constitution est déterminé par le texte constitutionnel<sup>13</sup>.

Au Mali, par exemple, la révision de la Constitution du 25 février 1992 est devenue une exigence car il s'agit de prendre en compte certaines clauses de l'accord pour la paix et la réconciliation au Mali, issu du processus d'Alger, notamment la création de la deuxième chambre du Parlement. Il s'agit *grosso modo* de corriger les insuffisances de la Constitution afin de l'adapter à l'évolution de la société. En effet, en philosophie constitutionnelle « les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil des peuples »<sup>14</sup>. Cette opinion de Royer-Collard a tout le mérite de retenir l'attention sur le fait qu'elles subissent l'usure du temps, comme toutes choses humaines<sup>15</sup>. Le professeur Martin Bléou est donc bien fondé à écrire dans ce sens : « du fait de leur origine et de leur objet, les Constitutions sont soumises à l'usure du temps »<sup>16</sup> et ne peuvent, dès

---

<sup>11</sup> Ch.-E. SENAC, « Les limites au pouvoir de révision de la nouvelle Constitution tunisienne », in *Revue générale du droit*, n° 14739, 2014, p. 2.

<sup>12</sup> S. M. OUEDRAOGO, *La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux, 2011, p. 112.

<sup>13</sup> I. DIALLO, « Pour un examen minutieux de la question des révisions de la Constitution dans les Etats africains francophones », in *Revue électronique Afrilex*, [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), p. 2.

<sup>14</sup> Selon une formule célèbre depuis 1820 de ROYER-COLLARD cité par F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France de la restauration*, Paris, éd. Ladvocat, 1821, p. 77.

<sup>15</sup> J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. LGDJ, 2014, p. 200 ; voir également Bernard Cubertafond, *Le nouveau droit constitutionnel*, Paris, éd. L'Harmattan, 2008, p. 100.

<sup>16</sup> M. BLEOU, « Le juge constitutionnel et les révisions constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Théodore Holo, Démocratie en questions*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 230.

lors, avoir vocation à l'éternité, à l'immutabilité absolue<sup>17</sup>. D'ailleurs, les Constitutions africaines, comme toutes les autres, sont partagées entre deux enjeux : celui de l'évolutivité, pour rendre compte de manière continue le changement ou l'adaptation constante aux réalités sociales et sociétales. Celui de la stabilité<sup>18</sup>, incarné par une Constitution qui encadrera avec minutie les mécanismes de révision afin de protéger cette dernière de nombreux « assauts constitutionnels »<sup>19</sup>.

Au Sénégal, le 20 mars 2016, le peuple était appelé à se prononcer sur la réforme constitutionnelle voulue par le président Macky Sall et dont la réduction du mandat présidentiel de sept à cinq ans était le point d'attraction. Pour mettre en œuvre cet engagement, le président de la République a instauré, par le décret n° 2013-730 du 28 mai 2013, la commission nationale de réforme des institutions. L'enjeu de la réforme de 2016 n'était donc pas de provoquer un grand bouleversement, mais la mise en œuvre de vraies réformes visant à renforcer les fondamentaux républicains, à approfondir la démocratie, à consolider l'Etat de droit et à moderniser le régime politique. D'ailleurs, c'est la première fois dans l'histoire du Sénégal, qu'une commission investie d'un travail d'écriture constitutionnelle est autant libre dans sa composition, que son fonctionnement<sup>20</sup>.

Au Bénin où la commission des réformes politiques et institutionnelles a officiellement remis son rapport au chef de l'Etat le 28 juin dernier, il est principalement question de l'instauration d'un mandat unique en lieu et place de deux mandats accordés au président de la République dans l'actuelle Constitution. D'ailleurs,

---

<sup>17</sup> A. SOMA, « La durabilité constitutionnelle », communication donnée au colloque international de Bamako, « Constitution : entre éternité et réalisme », Bamako, 4, 5 et 6 mars 2019, p. 5.

<sup>18</sup> M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, n° 33, 2018, p. 667-688.

<sup>19</sup> F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 2018, p. 1-7.

<sup>20</sup> I. M. FALL, *La réforme constitutionnelle du 20 mars 2016 au Sénégal. La réforme consolidante record*, Dakar, éd. L'Harmattan, 2017, p. 21.



dans ce pays, les débats sur la révision constitutionnelle sont aussi vieux que la Constitution elle-même, à en croire le professeur Prudent Victor Topanou<sup>21</sup>. Par neuf fois déjà, le Bénin a vécu au rythme de la révision constitutionnelle respectivement en 1990, 1995, 2001, 2005, 2006, 2009, 2012, 2017 et 2018. Une fois entrée en vigueur, la Constitution écrite doit pouvoir être modifiée ou révisée en tant que de besoin, pour évoluer avec la société et s'adapter aux nouvelles perspectives nationales et internationales<sup>22</sup>. Ainsi apparaissent des vicissitudes constitutionnelles<sup>23</sup>. En effet, la Constitution, pièces maîtresses de l'architecture institutionnelle des Etats modernes<sup>24</sup>, ne constitue pas un objet immuable. Suite aux évolutions sociopolitiques, des adaptations et ajustements sont à apporter. Ce qui a été valable pour un moment dans l'histoire d'un pays ne trouve plus forcément sa légitimation à un autre moment : d'où la possibilité, voire la nécessité de réviser ces lois fondamentales de temps en temps<sup>25</sup>. Ce pouvoir de modification des dispositions constitutionnelles est appelé pouvoir constituant dérivé<sup>26</sup>. On peut relever plusieurs types de limites au pouvoir de révision<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> V. T. KOUASSIVI, « La révision constitutionnelle : l'expérience non aboutie du Bénin », Communication donnée au colloque international de Bamako, « La Constitution : entre éternité et réalisme », 4, 5 et 6 mars 2019.

<sup>22</sup> P. TURK, *Théorie générale du droit constitutionnel*, Paris, éd. Gualino, 2007, p. 56.

<sup>23</sup> J. MIRANDA, « Le contrôle et limites de la révision de la Constitution », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2005, p. 442.

<sup>24</sup> C. A. TOURE, « La Constitution à l'épreuve du temps : cas du Mali », in *Annales africaines*, n° 14, Vol. 1, 2021, p. 1-25.

<sup>25</sup> Sur ces points, lire le « Rapport sur le projet de révision de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : état des lieux, enjeux et perspectives », in « *Soirée politique* », Cotonou, Friedrich-Ebert-Stiftung, p. 12.

<sup>26</sup> J.-C. ACQUAVIVA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. Gualino-Lextenso, 2015, p. 70 ; M. TRAORE, *La révision constitutionnelle : entre ombres et lumière pour une paix durable au bout du tunnel*, Bamako, Fondation Friedrich Ebert Stiftung, 2017, p. 1-10.

<sup>27</sup> M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, Paris, 2<sup>ème</sup> éd. PUF, 2015, p. 83.

Vient à l'esprit une distinction classique incontournable<sup>28</sup>. La doctrine distingue souvent le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Le premier peut être défini comme le pouvoir d'établir ou de réviser les règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice des pouvoirs au sein d'une communauté d'individus<sup>29</sup>. Au regard des théories classiques de droit constitutionnel, la notion de pouvoir constituant recouvre autant le pouvoir constituant originaire que le pouvoir constituant dérivé ou institué<sup>30</sup>. Le pouvoir constituant est dit originaire lorsqu'il établit une nouvelle Constitution<sup>31</sup>, à la naissance d'un nouvel Etat ou à l'occasion d'une rupture<sup>32</sup> dans l'ordre juridique existant<sup>33</sup>. Ce pouvoir constituant<sup>34</sup> n'intervient donc que lorsque l'Etat se trouve dans une situation de vide juridique comme c'est peut être le cas, par exemple, après une révolution. Il a la plénitude de la souveraineté d'éditer le texte constitutionnel. Dans la théorie constitutionnelle, ce pouvoir est souverain<sup>35</sup>. C'est la raison pour laquelle, le pouvoir constituant originaire prévoit un pouvoir qui sera chargé de réviser la loi fondamentale, de modifier son œuvre.

En revanche, le second est appelé pouvoir constituant dérivé, réformateur, donc un pouvoir institué. Il intervient pour modifier la Constitution, pour la réviser dans un contexte de continuité de l'ordre

---

<sup>28</sup> F. J. AÍVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 104, 2015, p. 772.

<sup>29</sup> C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges à Pierre Pactet*, Paris, éd. Dalloz, 2003, p. 237.

<sup>30</sup> M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel français, op. cit.*, p. 83.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, éd. Sirey, 2013, p. 267.

<sup>33</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 2005, p. 28.

<sup>34</sup> F. MODERNE, « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, éd. Dalloz, 2006, p. 7.

<sup>35</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique ? », *Le nouveau constitutionnalisme, in Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, art. précité, p. 329-337.

juridique<sup>36</sup>. Il est intervenu récemment au Sénégal, par exemple, en mai 2019 où il visait à supprimer le poste de Premier ministre. Ce pouvoir est, par définition, soumis à la Constitution existante et peut connaître des limites plus ou moins contraignantes. Le doyen Vedel n'affirmait-il pas que, « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial ? La Constitution lui donne sa procédure (...), elle ne borne point son étendue »<sup>37</sup>. Cependant, il est à noter que le pouvoir constituant dérivé est un organe chargé d'adopter des lois de révision constitutionnelle suivant la procédure prescrite par la Constitution<sup>38</sup>. En définitive, le pouvoir constituant est souverain, il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée<sup>39</sup>. Il est évident, par ailleurs, que toute Constitution doit être révisable.

Toutefois, si l'on examine les lois fondamentales des Etats de l'Afrique noire francophone, on s'aperçoit que plusieurs textes constitutionnels interdisent la révision de certaines de leurs dispositions. C'est ce que l'on appelle les limites du pouvoir de révision constitutionnelle. Par définition, les limites renvoient à la procédure spécifique, plus ou moins contraignante, prévue par la Constitution pour sa propre révision<sup>40</sup>. Il résulte de ce qui précède, que les limites sont traditionnellement présentées suivant une distinction fondée sur leur nature<sup>41</sup>. D'une part, les Constitutions des

---

<sup>36</sup> B. KANTE, « Sénégal : un exemple de continuité et d'instabilité constitutionnelle », in *Revue juridique politique et économique du Maroc*, septembre 1989, p. 145.

<sup>37</sup> G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », in *Revue française de droit administratif*, mars-avril, 1992, p. 179.

<sup>38</sup> S. A. ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 110, 2017, p. 283.

<sup>39</sup> Décision DC 91-298 du 24 juillet 1991, Conseil constitutionnel français.

<sup>40</sup> M. de VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>41</sup> A. LE PILLOUER, « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », [www.hal-uni-paris10archives-ouvertes.fr](http://www.hal-uni-paris10archives-ouvertes.fr), consulté le 19 juillet 2019.

Etats concernés par notre étude contiennent des limites qualifiées de temporelles ou circonstanciées : la première est celle de l'interdiction de réviser la Constitution pendant un certain délai ; la deuxième repose, par exemple, sur des circonstances de réviser la loi fondamentale en cas « d'occupation de tout ou partie du territoire »<sup>42</sup> ou lorsque « les pouvoirs sont confiés dans le cadre de l'intérim »<sup>43</sup>. A côté des interdictions formelles ou procédurales, ont évolué les interdictions matérielles ou de fond. La lecture des dispositions constitutionnelles des Etats sous étude rend compte que ces limites sont classiques et prohibent en toute circonstance la révision de certaines dispositions ou de certains principes consacrés par la norme fondamentale<sup>44</sup>.

Le thème est, assurément, d'une actualité brûlante<sup>45</sup> et soulève aussi des intérêts théorique et pratique évidents. En effet, la question des limites du pouvoir de révision de la Constitution est l'une des plus sensibles et des plus intéressantes du droit constitutionnel contemporain. Sur le plan théorique, le sujet mérite approfondissement pour sonder les causes de la « rébellion »<sup>46</sup> quasi-permanente contre les clauses intemporelles. Elle se pose avec acuité en Afrique noire francophone où la banalisation de la révision

---

<sup>42</sup> Selon l'art. 118 alinéa 3 de la Constitution malienne du 25 février 1992, « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

<sup>43</sup> Selon l'art. 39 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 qui dispose : « En cas de démission, d'empêchement ou de décès, le président de la République est suppléé par le président de l'Assemblée nationale ».

<sup>44</sup> C.-E. SENAC, « Les limites au pouvoir de révision de la nouvelle Constitution tunisienne », [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu), consulté le 12 février 2021.

<sup>45</sup> M. BLEOU, « Le juge constitutionnel et les révisions constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Théodore Holo, Démocratie en questions*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 229.

<sup>46</sup> H. N. KITTI, « La rue et la deuxième vague de révision des Constitutions en Afrique francophone : ordre ou désordre », in *Revue malienne des sciences juridiques, politiques et économiques de Bamako*, n° 2, 2016, p. 41-61.

constitutionnelle est monnaie courante<sup>47</sup>. La présente réflexion tourne autour du pouvoir de révision constitutionnelle en Afrique noire francophone dans une perspective comparative puisqu'elle met en rapport des normes juridiques des Etats liés par la culture, la géographie et l'histoire, pour ne pas dire relevant de la même famille comme le dirait, Paul Marie Gaudemet<sup>48</sup>. Sur le plan pratique, il convient de noter que le nouveau constitutionnalisme africain interpelle la conscience collective des peuples des Etats d'Afrique noire francophone à défendre leurs droits fondamentaux vaille que vaille. En Afrique noire francophone, en général et dans les Etats concernés par notre analyse en particulier, la révision totale ou partielle, permanente ou temporaire prend, du fait de ses usages souvent contre nature, une tournure polémique remarquable dans plusieurs Etats<sup>49</sup>. L'occasion est ainsi propice pour citer le professeur Jean du Bois de Gaudusson qui relevait que les Constitutions africaines sont, pour la plupart des « Constitutions de l'urgence »<sup>50</sup>. Ainsi, dans ces pays cibles, à l'exception du Sénégal, qui a une réputation de démocratie exemplaire<sup>51</sup>, dans les deux autres pays, les révisions constitutionnelles opportunistes<sup>52</sup> ne riment pas avec la consolidation démocratique.

Le propre de la méthode, comme l'observe Abraham Kaplan, « est d'aider à comprendre au sens large, non les résultats de la recherche

---

<sup>47</sup> E. BOSHAB, *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 11.

<sup>48</sup> Cité par I. M. FALL, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, éd. L'Harmattan, 2008, p. 30.

<sup>49</sup> K. AHAZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », in *Afrique juridique et politique*, juillet-décembre, 2002, p. 35.

<sup>50</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Bruxelles, éd. Bruylant, 2008, p. 338.

<sup>51</sup> I. M. FALL, « La révision de la Constitution au Sénégal », in *Revue électronique Afrilex*, [www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), p. 3.

<sup>52</sup> R. DOSSOU, « Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain », in *Revue du Conseil constitutionnel*, n° 4, 2014, p. 344.

scientifique, mais le processus de recherche lui-même »<sup>53</sup>. Sous l'angle de la démarche, la méthode éclaire les hypothèses de la recherche et détermine ses conclusions. On observe dès lors que la méthodologie envisagée dans cette étude est sans nul doute la démarche comparative, c'est-à-dire celle qui va sortir du cadre monographique pour s'étendre à l'étude comparative des systèmes constitutionnels du Bénin, du Mali et du Sénégal. En tenant compte des spécificités du contexte africain, il sera mis à contribution les principes de pouvoir constituant et de Constitution matérielle, en invoquant des exemples basés des Etats concernés. Dans le même sillage, ces trois Etats appartiennent tous à la même aire géographique Ouest-africaine et à ce titre, participent tous à la construction d'espaces d'intégration politique, économique et juridique notamment à travers la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et l'Union économique et monétaire de l'Ouest africaine (UEMOA) tendant à l'harmonisation et à l'unification de leurs normes juridiques. En outre, sur le plan historique, tous ces Etats se sont inspirés de la France.

Sous cet angle, ils connaissent le mimétisme politico-juridico-administratif du pays colonisateur (plus spécifiquement de la Constitution de la V<sup>e</sup> République française) notamment l'influence des pratiques propres à chaque Etat. Ayant en partage les vicissitudes de l'histoire coloniale en Afrique occidentale française, ils vivent incontestablement un destin commun à travers leur histoire constitutionnelle respective. C'est le cas au Mali et au Bénin où la révision de leurs Constitutions respectives, issues des conférences nationales était perçue comme « une technique d'établissement de la monopolisation du pouvoir par le chef de l'Etat et un instrument de pérennisation du système politique »<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> A. KAPLAN, *La conduite de l'enquête : méthodologie de la science du comportement*, San Francisco, éd. Chandler, 1993, 428 p.

<sup>54</sup> Voir entre autres, I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2007, p. 65 ; A. SOMA, « Du contractualisme constitutionnel dans les démocraties africaines », in *Mélanges en l'honneur*

En Afrique noire francophone et plus particulièrement dans les Etats concernés par notre réflexion, peut-on dire que le pouvoir constituant dérivé est réellement limité ? Ainsi, le développement du sujet requiert pour notre part, une réflexion qui s'articulera autour de deux pôles, à savoir, un pouvoir de révision constitutionnelle limité en théorie (I), d'une part, et un pouvoir de révision constitutionnelle contourné en pratique (II), d'autre part.

### **I. Un pouvoir de révision constitutionnelle limité en théorie**

Le terme « limite » provient étymologiquement du latin *limes* qui signifie « sentier, passage entre deux champs » qui, à son tour renvoie à la frontière fortifiée de l'Empire romain. Il a fait son apparition dans la langue française au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle et traduit la frontière, telle celle qui partage deux ou plusieurs choses ou celle qui marque l'extrémité d'une chose<sup>55</sup>. Les limites au pouvoir de révision constitutionnelle sont donc des matières qui ne peuvent pas faire l'objet d'une révision<sup>56</sup>. Cela signifie que le pouvoir constituant dérivé peut être limité dans son action par la Constitution elle-même<sup>57</sup>. Les Constitutions des Etats de l'Afrique noire francophone prévoient tant des interdictions formelles (A) que des interdictions matérielles tenant à l'objet de la révision constitutionnelle (B).

#### **A. Les interdictions formelles de la révision constitutionnelle**

Un grand nombre de Constitutions modernes contiennent des dispositions tendant à interdire toute révision de certains de leurs

---

*du professeur Théodore Holo, Démocratie en questions, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 333.*

<sup>55</sup> J. Ph. DEROSIER, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 76, 2008, p. 785-795.

<sup>56</sup> O. BIGLER, *La révision totale de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 : entre droit, politique et histoire, les enjeux de l'écriture constitutionnelle*, thèse de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013, p. 118.

<sup>57</sup> Lire l'art. 118 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

principes fondamentaux<sup>58</sup>. A cet égard, les limites peuvent être de forme lorsque la Constitution interdit les révisions pendant un certain délai<sup>59</sup> suivant son entrée en vigueur ou pendant certaines périodes ou impose un délai minimal pour l'examen et le vote du projet de révision<sup>60</sup>. Les pratiques de révision constitutionnelle observées<sup>61</sup> dans les différents Etats de l'Afrique noire francophone permettent d'affirmer que le pouvoir de révision est un pouvoir « habilité »<sup>62</sup> et donc limité dans son action. Formellement, le pouvoir de révision ne peut tout faire. Il ne peut porter atteinte aux caractéristiques essentielles de l'Etat. Au demeurant, ce pouvoir de révision est limité dans le temps (1) et par des conjonctures (2).

#### 1. Les interdictions relatives au délai

Une observation des Constitutions en vigueur de par le monde, révèle des dispositions singulières : celles qui rendent immuables certaines règles dont l'importance a paru telle au constituant qu'il a décidé de les soustraire à toute révision future<sup>63</sup>. Les Constitutions limitent parfois le pouvoir de révision dans le temps<sup>64</sup>. En d'autres termes, certaines Constitutions interdisent la révision de leurs dispositions pendant un certain temps. En effet, l'exercice du pouvoir

---

<sup>58</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 35.

<sup>59</sup> Il faut noter que certaines Constitutions prévoient expressément un laps de temps après sa dernière révision. C'est le cas de la Constitution du Portugal de 1976 qui dispose en substance en son Art. 284 al. 1<sup>er</sup> que « L'Assemblée de la République peut réviser la Constitution cinq ans après la date de la publication de la dernière loi de révision constitutionnelle ». C'est le cas de la Constitution de la Grèce de 1975 (art. 110 al. 6).

<sup>60</sup> P. TÜRK, *Théorie générale de droit constitutionnel*, op. cit., p. 58.

<sup>61</sup> K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 90, 2012, p. 57-85.

<sup>62</sup> Lire sur ce point, le rapport du colloque international de Bamako sur « La Constitution : entre éternité et réalisme », 4, 5 et 6 mars 2019.

<sup>63</sup> M. F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, éd. Larcier, 1985, 195.

<sup>64</sup> G. CHAMPAGNE, *L'essentiel du droit constitutionnel*, Paris, éd. Gualino, 2016, p. 46.



de révision connaît des limites pendant l'écoulement d'un certain délai. Souvent utilisée dans les premières périodes du nouveau constitutionnalisme africain<sup>65</sup>, la technique des limites temporelles vise à empêcher qu'une Constitution formelle ne soit pas modifiée au gré d'une majorité momentanée, la décision devant être mûrement réfléchie, prise par plusieurs représentations successives. Au Mali, cette technique est illustrée, par exemple, par la loi fondatrice de la III<sup>e</sup> République en son art. 118, alinéa 4 dont la révision du texte de la Constitution ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national. La Constitution malienne interdit toute procédure de sa révision en cas de vacance ou d'empêchement définitif du président de la République. L'objectif du constituant malien, en posant cette interdiction, est évidemment de préserver la stabilité constitutionnelle dans une période de crise ou d'incertitude qui peut résulter du décès ou de la démission du président de la République, alors même que les pouvoirs publics ne sont pas en état de fonctionner normalement.

Une telle limite existe également dans la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 (modifiée). L'art. 40 de la Constitution sénégalaise énonce en effet, que pendant la durée de la vacance de la présidence de la République, les dispositions de l'art. 103 relatives à la révision ne peuvent trouver application. Les constituants africains s'astreignent à suivre la procédure définie en cas de modification du texte fondamental<sup>66</sup>. C'est pourquoi, dans ce registre, il arrive que le

---

<sup>65</sup> A. MBATA B. MANGU, « Constitutions, constitutionnalisme et limitations des pouvoirs et des mandats présidentiels en Afrique », in *Les Actes du colloque international sur la Constitution béninoise organisé par l'Association béninoise de droit constitutionnel*, Cotonou, 7-11 août 2012, p. 2.

<sup>66</sup> Il s'agit du titre XVI De la révision, Constitution malienne du 25 février 1992, art. 118, alinéa premier : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République et aux députés » ; du titre XI De la révision, Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 154 alinéa premier : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République, après décision prise en conseil des ministres, et aux membres de l'Assemblée nationale. Pour être pris en considération, le projet, ou la proposition de révision, doit être voté à la

pouvoir constituant originaire impose des délais pour la mise en œuvre de la révision de manière à éviter une modification trop brusquée, manipulée<sup>67</sup> et par là même irréfléchie<sup>68</sup>. Ainsi, le pouvoir constituant originaire pouvait aller trop loin en ce sens puisqu'il subordonnait la révision constitutionnelle à un vœu de trois législatures consécutives<sup>69</sup>. Au demeurant, cette condition n'est pas toujours respectée puisque moins d'un an après l'adoption de la Constitution, l'Assemblée législative qu'elle avait créée décidait sous la pression des nécessités, de convoquer une convention nationale en vue de procéder à une révision constitutionnelle<sup>70</sup>.

Le but des interdictions de la révision constitutionnelle dans le temps est de permettre, par exemple, à un régime nouvellement institué de se mettre en place et de s'affermir. En retardant le moment où l'on pourra effectuer une révision constitutionnelle, on tente d'assurer une certaine stabilité aux institutions nouvellement créées<sup>71</sup>. Au demeurant, en Afrique noire francophone, les interdictions de réviser la norme fondamentale pendant un certain délai ont pour objectif de permettre à une Constitution nouvelle de se consolider. Ainsi, les Constitutions africaines, en interdisant le pouvoir de révision constitutionnelle dans le temps, favorisent leur

---

majorité des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale » ; titre XII De la révision, Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, art. 103 alinéa premier : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République et aux députés ».

<sup>67</sup> A. LE PILLOUER, *Le pouvoir de révision*, in Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>68</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>69</sup> Dans le même esprit, il arrive que le pouvoir constituant originaire prévoie des délais pour la mise en œuvre de la révision de manière à éviter une modification trop brusquée et par là même irréfléchie. C'est le cas, par exemple, de la Constitution de 1791 qui était allée trop loin en ce sens puisqu'elle subordonnait sa révision à un vœu de trois législatures consécutives.

<sup>70</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>71</sup> G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 1952, p. 235.

enracinement<sup>72</sup>. A côté de l'irrecevabilité d'une procédure de révision constitutionnelle pendant un certain délai, il y a l'inconvenance de la procédure de révision dans certaines circonstances.

### 2. Les interdictions conjoncturelles

Parfois les Constitutions interdisent leur révision dans certaines circonstances<sup>73</sup>. C'est ce que l'on appelle la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle dans les circonstances<sup>74</sup>. En effet, certaines lois fondamentales connaissent des interdictions conditionnelles<sup>75</sup>. Les constituants africains ne consacrent pas de dispositions particulières et précises aux crises politiques. En Afrique noire francophone, un nombre limité de Constitutions évoque les crises politiques résultant des coups d'Etat. Dans ce registre, par exemple, la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 énonce : « en cas de coup d'Etat, de putsch, d'agression par des mercenaires ou de coup de force quelconque, tout membre d'un organe constitutionnel a le droit et le devoir de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité constitutionnelle, y compris le recours aux accords de coopération militaire ou de défense existants. Dans ces circonstances, pour tout Béninois, désobéir et s'organiser pour faire échec à l'autorité illégitime constituent le plus sacré des droits et le plus impératif des devoirs »<sup>76</sup>. Pour cette raison, les auteurs ont consacré à la Constitution, à sa nature, à son objet, à son évolution et à ses fonctions dans les Etats africains, une riche réflexion<sup>77</sup>. L'analyse du professeur Yédoh

---

<sup>72</sup> K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 1997, 2 volumes, p. 122.

<sup>73</sup> M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, éd. Montchrestien, 2006, p. 350.

<sup>74</sup> K. GÖZLER, *op. cit.*, p. 122.

<sup>75</sup> L. FAVOREU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 117.

<sup>76</sup> Art. 66 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

<sup>77</sup> F. J. AÍVO, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », in *Revue française de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 773 ; A. M. GLELE, « Constitution ou loi fondamentale », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan, NEA, 1982, p. 33-35 ; P.-F. GONIDEC, « A quoi servent les Constitutions africaines? Réflexions sur le constitutionnalisme africain », in *Revue Juridique et Politique*, octobre-décembre 1988, n° 4, p. 849-866 ; Th.

Sébastien Lath en est pertinemment illustrative car, affirme-t-il, « durant les trois décennies qui ont suivi l'indépendance, les Etats africains ont été fortement perturbés par l'intervention des militaires dans le jeu politique. Avant le déclenchement du processus de démocratisation, la quasi-totalité des Etats avait été touchée par le phénomène du coup d'Etat »<sup>78</sup>. Ainsi, il ressort de l'analyse de cette disposition que la procédure constitutionnelle est inopérante en période de circonstances exceptionnelles<sup>79</sup>.

Certaines circonstances réputées critiques ou dangereuses neutralisent la révision<sup>80</sup>. Des exemples peuvent ainsi être multipliés<sup>81</sup>.

---

HOLO, « Constitution et nouvel ordre politique au Bénin », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, décembre 1989, n° 13, p. 1-10 ; voir aussi M. BLEOU, « La révision de la Constitution », in *Leçon inaugurale de la rentrée solennelle de la Chaire Unesco de Cotonou du 3 décembre 2007*, Cotonou, Fondation Konrad Adenauer, 2008 ; F. D. MELEDJE, « Les révisions des Constitutions dans les Etats africains francophones. Esquisse de bilan », in *Revue de Droit Public*, 1992, n° 1, p. 111-134.

<sup>78</sup> S. Y. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionnalisme de crise ? », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis Venah Wodie*, Abidjan, 2016, p. 345.

<sup>79</sup> Cf. I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2007, p. 59.

<sup>80</sup> J. GICQUEL et J-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>81</sup> Pour Bernard CHANTEBOUT, un grand nombre de Constitutions contiennent des dispositions tendant à interdire toute révision de certains de leurs principes fondamentaux. Ainsi, la Constitution américaine 1787 interdit de porter atteinte au principe de l'égalité de représentation des Etats fédérés au Sénat ; la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne de 1949 interdit de porter atteinte à la structure fédérale de l'Etat. En France, depuis la révision de 1884, toutes les Constitutions déclarent intangibles la forme républicaine du gouvernement. Cette disposition a été reprise dans la Constitution italienne de 1947 et dans celles de la plupart des pays africains francophones. Au Maroc, en revanche, c'est la forme monarchique de l'Etat et le statut de la religion islamique qui sont déclarés intangibles. En effet, l'objectif de telles dispositions est de rendre irrecevables toutes propositions d'amendement allant à l'encontre des principes qu'elles déclarent ne pouvoir être modifiés. Voir B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35.

Dans la même veine, la révision de la Constitution ne peut intervenir durant la vacance de la présidence de la République. Le professeur Ismaila Madior Fall est fondé à écrire dans ce sens : « la vacance du pouvoir présidentiel occasionne une période d'interrègne, où le titulaire de la charge présidentielle n'est plus, pour diverses raisons, en mesure d'exercer ses fonctions et doit être remplacé par une autre autorité que les textes constitutionnels et/ou législatifs appellent, de façon variable en droit comparé, intérimaire ou suppléant »<sup>82</sup>. Ainsi, on peut en déduire que le détenteur du pouvoir présidentiel par intérim n'est pas libre de sa décision car l'intérim postule une période de crise dans l'exercice des fonctions présidentielles. Le constituant malien, pour sa part, a retenu la formule de vacance. L'art. 36 de la Constitution malienne du 25 février 1992 prévoit qu'en cas de vacance de la présidence de la République pour quelque cause que ce soit ou d'empêchement absolu ou définitif constaté par la Cour constitutionnelle, les fonctions du président de la République sont exercées par le président de l'Assemblée nationale. Dans le même registre, le constituant sénégalais a prévu des dispositions similaires. En effet, dans ce pays, la loi fondamentale prévoit qu'en cas de démission, d'empêchement définitif ou de décès, le président de la République est suppléé par le président de l'Assemblée nationale<sup>83</sup>. En effet, dans l'optique des constituants, les détenteurs du pouvoir présidentiel par intérim se trouvent privés du droit d'initiative de la révision prévu par leurs Constitutions respectives.

Une autre limite circonstancielle qui se rencontre dans plusieurs Constitutions des Etats de l'Afrique noire francophone, c'est l'irrecevabilité de la procédure de révision pendant les états exceptionnels<sup>84</sup>. En effet, selon la loi fondamentale malienne du 25 février 1992, la révision de la Constitution est interdite en temps de guerre ou lorsque l'état d'exception et l'état de siège sont en vigueur :

---

<sup>82</sup> I. M. FALL, *op. cit.*, p. 90.

<sup>83</sup> Art. 39 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

<sup>84</sup> S. Y. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionnalisme de crise ? », *op. cit.*, p. 344-345.

ce sont les limites temporelles. On entend par limites temporelles, les dispositions qui restreignent les possibilités de révision constitutionnelle en temps de périodes exceptionnelles. Dans certains cas, l'intangibilité des droits ne résulte pas toujours de manière claire, univoque et expresse des textes<sup>85</sup>. En Afrique noire francophone, un élargissement du champ des limites du pouvoir de révision constitutionnelle<sup>86</sup> est aisément perceptible. Toutefois, même dans ces pays considérés, la doctrine et parfois la jurisprudence constitutionnelle considèrent qu'il existe des limites implicites. A titre illustratif, les Constitutions africaines francophones se bornent à poser comme limite matérielle explicite le respect de la forme républicaine de l'Etat, la doctrine est unanime pour considérer que l'inviolabilité des droits fondamentaux est une limite matérielle de révision constitutionnelle<sup>87</sup>. Comme on peut le percevoir ici, la trajectoire historique d'un Etat a toujours une incidence sur la politique de révision. On se ralliera ici aux propos du professeur Ismaila Madior Fall qui souligne admirablement, « le droit constitutionnel contemporain recèle d'exemples qui le démontrent »<sup>88</sup>. Il en découlera des développements qui précèdent, l'idée de Constitution matérielle,

---

<sup>85</sup> G. CONSTANCE, « Les droits intangibles », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 26, 2010-2011, *Constitutions et droit pénal - Hiérarchie(s) et droits fondamentaux* p. 439.

<sup>86</sup> J.-L. ATANGANA, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », in *Politeia*, 2007.

<sup>87</sup> En effet, la doctrine constitutionnelle n'ignore pas que des situations historiques et politiques sont susceptibles de limiter la démarche du constituant. On songe aux conditions d'élaboration, en 1948-1949, de la loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) par le Conseil parlementaire, réunissant des délégués des *Länder*, sous la tutelle des alliés occidentaux, soucieux de diriger la rééducation démocratique ; à la Constitution de l'Afrique du Sud adoptée en 1996 et censurée, en partie, par la Cour constitutionnelle. Sous cet aspect, la Constitution de 1958 a été élaborée par le gouvernement du général de Gaulle, selon les principes posés par la loi constitutionnelle du 13 juin 1958. Voir J. Miranda, « Le contrôle et les limites de révision de la Constitution », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 20, 2004-2005, p. 450.

<sup>88</sup> I. M. FALL, *op. cit.*, p. 62.

de l'existence de certains principes matériels qui structurent les Etats africains francophones et qui concernent les droits fondamentaux, constituent autant de limites matérielles. Au Bénin, par exemple, la Cour constitutionnelle, dans sa décision du 20 novembre 2014 a considéré qu'appartiennent aux « clauses intangibles », insusceptibles de recours, la limite de deux mandats du président de la République<sup>89</sup>. En principe, la révision de la Constitution, sur le point du passage au mandat unique, devrait donc logiquement être impossible, d'autant plus que la Cour constitutionnelle veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats<sup>90</sup>.

Au Mali, par exemple, le multipartisme, la laïcité ainsi que le mandat présidentiel de cinq ans renouvelables une seule fois ne peuvent faire l'objet d'aucune proposition de révision. C'est la raison pour laquelle, les tentatives successives de révision de la Constitution du 25 février 1992, n'ont pas touché à l'art. 30 du texte constitutionnel<sup>91</sup>. L'idée générale est que les limites contenues dans la norme suprême des Etats de l'Afrique noire francophone ont pour objet d'éviter les révisions constitutionnelles dans une phase où les conditions de légalité démocratique sont fragiles<sup>92</sup>. En d'autres termes, certains principes fondamentaux ne sont pas réformables. Ils ont pour finalité de rendre irréformables toutes initiatives de révision allant à l'encontre des principes que la doctrine déclare intacts. A côté des limites formelles ou procédurales de révision, les Constitutions africaines prévoient aussi des limites matérielles de la révision de la Constitution.

---

<sup>89</sup> Décision n° DCC 14-199 du 20 novembre 2014.

<sup>90</sup> Lire l'art. 4 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

<sup>91</sup> Selon l'art. 30 de la Constitution du 25 février 1992 qui dispose : « Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct et au scrutin majoritaire à deux tours. Il n'est rééligible qu'une seule fois ».

<sup>92</sup> K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 123.

**B. Les interdictions tenant à l'objet de la révision constitutionnelle**

Les interdictions matérielles sont aussi appelées limites de fond ou limites relatives à l'objet de la révision constitutionnelle<sup>93</sup>. A travers ces interdictions, le pouvoir constituant originaire veut ainsi assurer l'immutabilité de certaines règles constitutionnelles et déclare ainsi l'importance qu'il attache à leurs contenus. Ces règles ainsi protégées deviennent intangibles et donc irréformables<sup>94</sup>. Les limites matérielles peuvent être entendues comme toute restriction de l'intervention du pouvoir constituant dérivé. Ce sont les limites de contenu, concernant les normes constitutionnelles elles-mêmes. La pérennité des limites matérielles n'est acquise que si le pouvoir constituant originaire africain les entoure de protections adéquates contre toute tentative de révision. Il s'agit de concilier la nécessité de protéger la norme suprême contre les retouches abusives avec le souci de ne pas empêcher les modifications indispensables<sup>95</sup>. En outre, les limites au pouvoir viseraient à empêcher la dénaturation du texte constitutionnel, de l'éloigner de l'esprit voulu par le pouvoir constituant originaire. Autrement dit, du choix du constituant dépend le sens affiché de la Constitution.

Ainsi, notre analyse se structurera, d'une part, autour de l'interdiction de toucher à la forme républicaine de l'Etat (1) et, d'autre part, autour de l'interdiction d'initier la procédure de révision de la Constitution lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité territoriale (2).

---

<sup>93</sup> B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », in *Revue Française de Droit Administratif*, n°5, 1998, p. 931.

<sup>94</sup> C. GADDES, « Pouvoir constituant et les limites matérielles au pouvoir de révision de la Constitution », communication des cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel « Le pouvoir constituant aujourd'hui », Tunis, FSJPST, 16-17 novembre 2006, p. 3.

<sup>95</sup> Ph. ARDENT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, éd. LGDJ, 2008, p. 77.



1. *Les interdictions à l'égard de la forme républicaine de l'Etat*

Toutes les Constitutions modernes fixent des limites de fond qui représentent les fondements du régime démocratique. Ainsi, en Afrique noire francophone, par exemple, ces limites concernent, en général, les domaines jugés importants par le pouvoir constituant originaire. En effet, la limite matérielle la plus rencontrée est celle de l'interdiction de réviser la forme républicaine de l'Etat. Presque toutes les lois fondamentales des Etats étudiés contiennent ces dispositions limitatives.

Au Sénégal, par exemple, la Constitution contient des dispositions limitatives de fond au pouvoir de révision de la norme fondamentale. En effet, l'art. 103 alinéa 7 de la Constitution énonce que « la forme républicaine de l'Etat ne peut faire l'objet de révision ». Assurément, avec cette disposition, comme le considérait Ismaila Madior Fall, « le constituant sénégalais entend proscrire l'engagement de toute procédure de révision destinée à porter atteinte à la forme républicaine de l'Etat »<sup>96</sup>. D'ailleurs, dans cet Etat, la Constitution du 22 janvier 2001, s'inscrivant dans le sillage de toutes les Constitutions antérieures, prohibe la modification de la forme républicaine de l'Etat<sup>97</sup>. Dans l'affirmative, il est inadmissible qu'une retouche de la présente Loi fondamentale affecte la forme républicaine de l'Etat. En Afrique noire francophone, l'intangibilité de la forme républicaine de l'Etat se retrouve également dans d'autres Etats.

Au Bénin, par exemple, la Constitution du 11 décembre 1990 énonce : « la forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision »<sup>98</sup>. En ce sens, dans ce pays, aucune procédure

---

<sup>96</sup> I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, Dakar, CREDILA, 2011, p. 61 ; J. ROBERT, « La forme républicaine du gouvernement », in *Revue du Droit Public*, n° 2, 2003, p. 123 ; D. MAUS, « Sur la forme républicaine du gouvernement », in *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p. 38 ; voir également V. L'HOTE, « La forme républicaine du gouvernement à l'épreuve de la révision constitutionnelle de mars 2003 », in *Revue du Droit Public*, n° 2, 2004, p. 112.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Art. 156 alinéa 2 de la loi fondamentale béninoise du 11 décembre 1990.

de révision ne peut instaurer un régime de nature monarchique. A la lumière de ces considérations, l'on peut reconnaître une valeur juridique à la limitation matérielle de révision constitutionnelle portant sur la forme républicaine de l'Etat. Ce qui amène à penser que la forme républicaine de l'Etat est mise à l'abri de tout pouvoir de révision constitutionnelle.

Au Mali, depuis le 22 septembre 1960, toutes les lois fondamentales déclarent intangibles la forme républicaine de l'Etat. Cette disposition a été reprise par l'art. 118 de l'actuelle Constitution du 25 février 1992. Depuis la tentative fédérale avortée à la fin de la colonisation française, le Mali n'a pas connu d'autre régime politique. En 1992, la Constitution de la III<sup>e</sup> République est allée jusqu'à « sanctuariser » ce modèle républicain en l'excluant du champ des révisions constitutionnelles futures<sup>99</sup>. Aux termes de l'art. 118 de cette Constitution, la forme républicaine et la laïcité de l'Etat ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet de révision. Ainsi, on peut déduire que, l'effet de telles dispositions est de rendre irrecevables toutes propositions de modification allant à l'encontre des principes qu'elles déclarent ne pouvoir être retouchés. Le constituant malien va plus loin en interdisant toute révision portant sur le caractère laïc de la République. En effet, les Constitutions africaines reposent sur des valeurs qui ont rendu possible leur adoption. Si l'on dénie ces valeurs, il y aurait violation des raisons qui ont conduit le peuple à adopter sa loi fondamentale.

Une analyse logique des dispositions constitutionnelles de ces Etats africains amène à penser que le pouvoir constituant « réformateur » ne peut pas tout faire. Ceci explique l'existence des clauses irréformables dans leur loi fondamentale. En réalité, les limites au pouvoir de révision du texte constitutionnel ont pour but de protéger les bases fondamentales du système étatique. Cette disposition est apparue pour consolider le régime républicain<sup>100</sup> et écarter toute idée qui déboucherait sur un régime de nature

---

<sup>99</sup> J. Lacabanne, « Les principes intangibles dans la Constitution malienne », in *Faire-son-droit*, janvier 2015, p. 7.

<sup>100</sup> L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, éd. Dalloz, 2009, p. 774.

monarchique. En d'autres termes, les pouvoirs constituants originaires africains ont voulu tenter de conserver le texte de la Constitution. C'est en ce sens qu'opinaient Alexandre Viala lorsqu'il considérait que « la question de la limitation du pouvoir constituant institué provient du statut normatif de son objet qu'est la Constitution »<sup>101</sup>. Enfin, on aperçoit que les limites formelles apparaissent comme légitimes car elles permettent d'assurer aux institutions une certaine stabilité et sont donc indispensables. En Afrique noire francophone, comme nous l'avons souligné plus haut, l'évolution des systèmes politiques montre que le constituant originaire, peu soucieux de voir son œuvre ruinée par les autorités qu'elle institue en vue de lui apporter les corrections que la pratique révélera indispensables, cherche à limiter le pouvoir qu'elle leur confère<sup>102</sup>.

D'autres limites portent, par exemple, sur la laïcité et le multipartisme. En effet, l'art. 118 de la Constitution malienne du 25 février 1992 a exclu du champ des possibilités de révision constitutionnelle, la laïcité et le multipartisme. De ce fait, on comprend aisément que le constituant malien de 1992, représentant un peuple ayant lutté pendant plusieurs décennies pour le multipartisme, fasse de cette revendication un principe désormais « inviolable et sacré » pour ainsi reprendre une formule célèbre.

L'interdiction de retoucher la forme républicaine de l'Etat n'est pas la seule limite matérielle prévue par les Constitutions africaines. Elles prévoient aussi l'interdiction d'engager la procédure de révision constitutionnelle lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

## *2. Les interdictions dans les cas d'atteinte à l'intégrité territoriale*

Certaines Constitutions africaines interdisent leur révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La question de l'intégrité

---

<sup>101</sup> A. VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », in *Revue Civitas Europa*, n° 32, 2014, p. 81.

<sup>102</sup> I. M. FALL, *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, op. cit., p. 62.

du territoire des Etats africains fut, comme l'a magistralement démontré le professeur Sébastien Lath Yédoh, essentielle dès leur accession à la souveraineté internationale<sup>103</sup>. A ces égards, la Constitution malienne du 25 février 1992, inspirée par la Constitution française de 1958, prévoit qu'aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire national<sup>104</sup>. Une interdiction analogue est également adoptée par le constituant béninois. Selon l'art. 156, alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution Glélé<sup>105</sup> qui dispose : « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Cette disposition interdit à la procédure de révision de contrevenir au principe de l'intégrité du territoire national. A ces éléments, la Cour constitutionnelle béninoise en a rajouté d'autres. En effet, dans sa décision de 2011, la Haute juridiction a estimé que : « ne peuvent faire l'objet de questions à soumettre au référendum, les options fondamentales de la conférence nationale de février 1990, à savoir : la forme républicaine et la laïcité de l'Etat ; l'atteinte à l'intégrité du territoire national ; le mandat présidentiel de cinq ans, renouvelable une seule fois ; la limite d'âge de 40 ans au moins et 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle ; le type présidentiel du régime politique au Bénin »<sup>106</sup>. Ainsi, dans les Etats africains francophones, l'interdiction faite au pouvoir réformateur de porter atteinte à l'intégrité du territoire a pour objectif de garantir l'existence de l'entité étatique.

Il est à rappeler que certains Etats ont été fortement menacés dans leur fondement par la contestation armée<sup>107</sup>. En effet, dans les Etats africains francophones, nous observons deux dynamiques en matière de préservation de l'intégrité du territoire qui permettent d'illustrer

---

<sup>103</sup> S. Y. LATH, « La production constitutionnelle en période de crise dans les Etats d'Afrique : crise du constitutionnalisme de crise ? », in *Mélanges dédiés au Doyen Francis Venah Wodie*, Abidjan, 2016, p. 342.

<sup>104</sup> Art. 118 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

<sup>105</sup> Il s'agit de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dont la paternité est attribuée au professeur Maurice Ahanhanzo Glele.

<sup>106</sup> Décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011.

<sup>107</sup> S. Y. LATH, *op. cit.*, p. 343.

l'irrecevabilité d'une procédure de révision en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire. Il y a, d'une part, l'interdiction d'engager une procédure de révision constitutionnelle et, d'autre part, d'entreprendre des actions visant à stopper le processus réformiste au moment où il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Ce vaste mouvement de rigidification des Constitutions africaines s'est parallèlement traduit par l'adoption toujours plus importante de « clauses d'éternité ». Leur objectif est de permettre une protection constitutionnelle renforcée de certaines dispositions en faisant émerger une sorte de noyau dur constitutionnel insusceptible de révision. Cette immunisation des clauses par l'empêchement du pouvoir constituant dérivé vise à préserver l'identité des Constitutions africaines, d'une part, en empêchant de vider certaines dispositions « pivot » de leur contenu ; et, d'autre part, en préservant le sens du pacte social constitutionnel initial<sup>108</sup>.

En faisant une incursion dans le droit constitutionnel africain comparé, l'on s'aperçoit que les illustrations sont nombreuses<sup>109</sup> et longuement analysées par la doctrine<sup>110</sup>. Ainsi en est-il au Burkina Faso, où l'art. 165 de la Constitution prévoit l'irrecevabilité d'une procédure de révision constitutionnelle portant atteinte à l'intégrité du territoire national. La préservation de l'intégrité du territoire apparaît également dans la jurisprudence du juge constitutionnel. Le

---

<sup>108</sup> F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 2018, p. 1-7

<sup>109</sup> En France, la Constitution de 1946 (art. 94) puis celle de 1958 (art. 89) ont tiré les leçons de la démission démocratique de l'Assemblée nationale après la débâcle de 1940 en interdisant toute révision « lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Comme le Conseil constitutionnel l'a indiqué dans sa décision du 2 septembre 1992, *Maastricht II*, il convient d'ajouter les interdictions des art. 7 (vacance ou empêchement définitif du président de la République) et 16 (mise en œuvre des MELEDJE pouvoirs exceptionnels du président de la République).

<sup>110</sup> A. CABANIS, « La pérennisation du chef de l'Etat : l'enjeu actuel pour les Constitutions d'Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur à Slobodan Milacic*. Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Bruxelles, éd. Bruylant, 2008, p. 349.

respect des « clauses d'éternité » ou « verrou insurmontable »<sup>111</sup> impose au pouvoir constituant dérivé de conformer sa démarche<sup>112</sup> vis-à-vis des dispositions constitutionnelles limitatives afin d'éviter de détourner la Constitution de son objectif premier<sup>113</sup>. Il résulte de ce qui précède, que le pouvoir de révision est, en théorie, limité dans sa démarche, de manière à parvenir à un équilibre, entre le souci d'adapter la Constitution à de nouvelles réalités<sup>114</sup> et celui, malgré tout, de préserver son identité. Mais pour la doctrine formaliste, la révision peut porter sur n'importe quelle disposition constitutionnelle<sup>115</sup>. C'est pourquoi, Olivier Beaud relève que, « un pouvoir de réviser la Constitution attribué par une "normation" des lois constitutionnelles signifie qu'une ou plusieurs dispositions "légiconstitutionnelles" peuvent être remplacées par d'autres, mais seulement à la condition que l'identité et la continuité de la Constitution dans son ensemble soit préservées »<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », in *Revue Togolaise de Sciences Juridiques*, 2011 n° 0000, p. 50.

<sup>112</sup> O. NAREY, « La protection de la Constitution par le citoyen : cas de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », in *Les Actes du colloque international sur la Constitution béninoise organisé par l'Association béninoise de droit constitutionnel*, Cotonou, 7-11 août 2012, p. 5 ; D. F., MELEDJE, « L'Etat de droit, nouveau nom du constitutionnalisme en Afrique ? Réflexions autour des voyages d'un concept symbolique », in *Les Actes du colloque international sur la Constitution béninoise organisé par l'Association béninoise de droit constitutionnel*, Cotonou, 7-11 août 2012, p. 1-17 ; J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Trente années d'institutions constitutionnelles et politiques. Points de repère et interrogations », in *Afrique contemporaine*, n° 164, 1992, p. 50-51.

<sup>113</sup> A. KPODAR, « Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone », in *Afrilex*, <http://afrilex.ubordeaux4.fr>, p. 8-9.

<sup>114</sup> A. SOMA, « La durabilité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 5.

<sup>115</sup> C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *op. cit.*, p. 247.

<sup>116</sup> O. BEAUD, « Le cas français : l'observation de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », in *Revue de droit politique*, in *Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, p. 114.

En résumé, cette intensification du recours aux « clauses d'éternité » dans les Constitutions des Etats de l'Afrique noire francophone est avant tout liée, à notre sens, à la volonté de prémunir la Constitution contre les risques de changements abusifs. C'est pourquoi le champ matériel desdites clauses ne cesse de s'étendre, allant du nombre de mandat du chef de l'Etat<sup>117</sup> et des conditions de présentation à l'élection présidentielle, à la forme républicaine de l'Etat, jusqu'à l'immunisation d'un certain nombre de droits fondamentaux inaliénables. Les mandatures présidentielles se trouvent ainsi verrouillées par les limites de révision constitutionnelle. Dans un autre registre, l'on peut remarquer que, le droit constitutionnel africain contient le plus souvent des dispositions relatives au principe de l'intégrité territoriale. Ainsi, il arrive que ce principe de l'intégrité territoriale conduise à une limitation du pouvoir de révision constitutionnelle<sup>118</sup>. Cependant, un mécanisme de contournement des limites peut être envisagé pour réviser la loi fondamentale. Il serait donc techniquement possible de remettre en cause les clauses intangibles voire de les soumettre au contrôle de constitutionnalité pour leur conformité. Il n'est pas de Constitution qui puisse être définitive. Il faudra donc lui apporter des retouches, des compléments, des adaptations. Les constituants eux-mêmes devront avoir la sagesse de prévoir et d'insérer dans leur œuvre les procédures qui permettront de réparer ses imperfections et l'usure du temps<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », in *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 139-174.

<sup>118</sup> Le droit constitutionnel turc insiste fortement sur la nécessité de garantir l'intégrité territoriale du pays, en particulier sous son aspect interne. Cela résulte non seulement du texte même de la Constitution, mais de la jurisprudence constitutionnelle, qui est également abondante en la matière. P. PACTET avec la collaboration de F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Paris, éd. Armand colin, 2003, p. 59 ; C. KEUTCHA-TCHAPANGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/3 (n° 63), p. 451-491.

<sup>119</sup> Ph. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, éd. LGDJ, 2004, p. 75 ; J. LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris,

Les interdictions de réviser la Constitution sont donc nombreuses dans les textes fondamentaux africains. Si, en théorie, les constituants africains prévoient des limites pour réviser les Constitutions, dans la pratique, il y a toujours des possibilités de dépassement de ces limites au pouvoir de révision de la Constitution.

## II. Un pouvoir de révision constitutionnelle contourné en pratique

Réviser la Constitution apparaît le plus souvent en Afrique comme un moyen de contourner les normes constitutionnelles déjà en vigueur<sup>120</sup>. La question de la limitation matérielle de la révision est bien une question clé du droit constitutionnel contemporain puisqu'elle suppose de prendre parti sur la notion même de Constitution<sup>121</sup>. Aujourd'hui, le fait d'imaginer les « clauses pétrifiées » comme quelque chose d'immuable dans l'ordre juridique peut signifier la négation de la permanence du pouvoir constituant et de l'Etat de droit démocratique. Qualifiées souvent de clauses d'éternité ou dictature constitutionnelle généralisée, les limites au pouvoir de révision constitutionnelle font l'objet d'objections (A) en Afrique noire francophone. Une fois, ces verrous<sup>122</sup> levés, on peut envisager la contrôlabilité desdites limites (B).

### A. Les objections aux limites au pouvoir de révision constitutionnelle

Le droit constitutionnel ne peut jamais être totalement déconnecté des aléas politiques. Cela est encore plus vrai en Afrique où la plupart des États francophones ne connaissent que deux décennies de vie

---

éd. Montchrestien, 1943, p. 279 ; F. DELPEREE, « Le processus de modification de la Constitution belge », in *La révision de la Constitution*, journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, PUAM, 1993, p. 67.

<sup>120</sup> M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », in *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, n° 33, 2018, p. 667-688.

<sup>121</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, éd. PUF, 1904, p. 376.

<sup>122</sup> I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », in *Revue Togolaise de Sciences Juridiques*, n° 0000, 2011, p. 50.



démocratique au plus. Cette emprise de la vie politique sur la vie juridique est le facteur essentiel initiant le phénomène des révisions « déconsolidantes » des Constitutions africaines<sup>123</sup>. Les objections aux limites au pouvoir de révision peuvent être réparties en deux catégories. La première porte sur les controverses doctrinales dont font l'objet les limites en tant que telles (1), la deuxième sur leur incapacité à être opposables au pouvoir constituant dérivé africain (2).

*1. Les controverses doctrinales des limites au pouvoir de révision constitutionnelle*

Bien que relevant de l'évidence, le débat sur les limites au pouvoir de révision constitutionnelle n'a pas toujours rassemblé la doctrine. Joseph Barthélémy et Paul Duez contestent la pertinence des limites au pouvoir de révision introduites dans les Constitutions. Car, pour ces derniers, les limites ne sont qu'une « barrière de papier »<sup>124</sup>, dans la mesure où une telle interdiction peut être aisément contournée par une « révision de la révision », en déconstitutionnalisant l'article limitatif, puis en proposant une révision totale. Dès lors, ces limites sont incapables de défendre la République puisqu'on peut lui opposer la thèse de la double révision<sup>125</sup>. C'est pourquoi, on peut soutenir à partir de ce constat qu'une Constitution n'est pas au mieux un instrument sacré, au pire « un chiffon de papier ». Le raisonnement ainsi tenu a été repris en recueillant un assentiment beaucoup plus large dans la doctrine. C'est ainsi que, en Afrique noire francophone, par exemple, les limites au pouvoir de révision peuvent toujours être contournées. Premièrement, en pratique, on peut mener une opération de « réformation sur réformation » qui consiste à supprimer dans un premier temps la disposition constitutionnelle limitative, celle, par

---

<sup>123</sup> M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », *op. cit.*, p. 667-688.

<sup>124</sup> J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Economica, rééd., 1933, p. 32.

<sup>125</sup> O. BEAUD, « Le cas français : l'observation de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », in *Revue de droit politique, Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, p. 94.

exemple, qui interdit de remettre en cause la forme républicaine du gouvernement, puis dans un second temps de mener la réforme souhaitée<sup>126</sup>. Certaines dispositions constitutionnelles seraient donc simplement plus difficiles à modifier que d'autres. Deuxièmement, en théorie, parce que le pouvoir constituant étant souverain<sup>127</sup>, il ne peut s'autolimiter et peut toujours revenir sur les limites qu'il a lui-même fixées, que ce soit par le droit ou, au besoin, par la force (coup d'Etat, révolution). De ce point de vue, aucun principe ni aucune règle ne sont intangibles même si à cet argument peut être opposé celui tiré de l'existence d'une « supra-constitutionnalité »<sup>128</sup>, qui postule l'existence de principes supérieurs qui, en aucune hypothèse, ne sauraient être remis en cause par une modification liberticide de la Constitution<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> P. TÜRK, *Théorie générale du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>127</sup> O. BEAUD, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », in *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 1059.

<sup>128</sup> Ce concept, né en Allemagne, est reconnu par les Cours constitutionnelles en Autriche, en Italie ou en Afrique du Sud, par exemple. Il implique l'existence de certaines normes ou principes dotés d'une valeur et d'une légitimité supérieures à la Constitution, et donc la reconnaissance d'un pouvoir supérieur au pouvoir constituant, lequel se trouve limité dans son expression. Cette supériorité trouverait sa source, selon les théories, dans le droit naturel, la coutume ou le droit international. Dans cette conception, il existe bien des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, certains principes étant intangibles et préexistants à la Constitution elle-même. En France, cette théorie fait l'objet d'une controverse doctrinale (défendue par le doyen FAVOREU, elle fut jugée « inconstructible » et dangereuse par le doyen VEDEL). Quant au Conseil constitutionnel, il n'a pas validé clairement cette théorie : dans une décision du 2 septembre 1992, il a indiqué que le pouvoir constituant est souverain et qu'il peut modifier ou abroger toute disposition ou principe constitutionnel, sous réserve d'une série de limites à la révision constitutionnelle prévues par la Constitution. Mais en tout état de cause, comme il l'a rappelé dans une décision du 26 mars 2003, il se déclare incompétent pour contrôler les lois constitutionnelles et donc pour faire respecter ces limites, voir Pauline TÜRK, *Théorie générale du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>129</sup> O. BEAUD, « Le cas français : l'observation de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision

S'il a été soutenu par certains auteurs que la Constitution limite sa procédure de révision, elle ne limite point l'étendue de la révision, selon le doyen Vedel. Il en découle de cette idée que le pouvoir constituant dérivé peut ainsi décider de tout changer, y compris de façon régulière la procédure de révision de la Constitution. Au Mali, il suffirait ainsi, par exemple, pour surmonter l'interdiction de toucher à la forme républicaine de l'Etat, il faut, dans un premier temps, mettre en branle l'art. 41<sup>130</sup> et dans un second temps, réviser tout à fait régulièrement l'art. 118 alinéa 4 pour supprimer la disposition limitative. Dans tous les cas, largement partagée par la doctrine, la « thèse de la double révision successive » ne fait pourtant pas l'unanimité pour les auteurs comme le professeur Armel Le Divellec<sup>131</sup>. Les défenseurs de cette thèse soutiennent, en substance, que la question de la contrôlabilité des lois constitutionnelles est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique<sup>132</sup> et ouvrirait une alternative entre l'oligarchie et le gouvernement des juges<sup>133</sup>.

Au Sénégal, par exemple, la modalité de contournement de la procédure de droit commun<sup>134</sup> est prévue par l'art. 51 de la Constitution du 22 janvier 2001. En effet, le président de la République

---

constitutionnelle », in *Revue de droit politique, Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, p. 100.

<sup>130</sup> Selon l'art. 41 de la Constitution du Mali de 1992, « Le président de la République, sur proposition du gouvernement, pendant la durée des sessions ou sur proposition de l'Assemblée nationale, après avis de la Cour constitutionnelle publié au journal officiel, peut soumettre au référendum toute question d'intérêt national, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord d'union ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

<sup>131</sup> A. LE DIVELLEC, A. LEVADE et C. M. PIMENTEL, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27 (dossier : Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010, p. 3.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> G. VEDEL, *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, Paris, Les cours du droit, 1961, p. 94.

<sup>134</sup> Art. 103 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

peut, après avoir recueilli l'avis du président de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, soumettre tout projet de loi constitutionnelle au référendum. Ainsi, on observe en Afrique noire francophone, une véritable œuvre de dépassement des limites du pouvoir de révision constitutionnelle. Comme l'a amplement démontré Olivier Beaud, ces limites peuvent être neutralisées par le procédé de la « révision de la révision », puisque toute proposition de révision monarchique sera donc déclarée interdite comme étant une proposition antirépublicaine. Pour ce dernier, qui considérait « qu'en instituant cette forme définitive de gouvernement, les républicains voulaient proclamer la stabilité de la Constitution »<sup>135</sup>. Ainsi, le pouvoir constituant dérivé peut contourner les limites matérielles en agissant en deux étapes : dans un premier temps, il supprime les dispositions limitatives et dans un second temps, il modifie la matière qui était initialement protégée. En effet, avec la « révision de la révision », les textes constitutionnels africains cessent d'être un obstacle à la suppression d'une disposition que le peuple, constituant originaire, avait pris soin d'inscrire dans la Constitution, marquant par là l'attachement qu'il lui portait. Certains ont pu écrire que cette procédure était « politiquement critiquable mais juridiquement correcte »<sup>136</sup>.

En réalité, le peuple reste titulaire de la souveraineté. Telle est la position de Cécile Isidoro, lorsqu'elle affirme : « le pouvoir constituant du peuple ne peut pas abolir la liberté du peuple »<sup>137</sup>. Pour certains, d'ailleurs, quand le peuple veut changer le texte constitutionnel, même en ce qui concerne les limites matérielles de révision, il ne fait rien de transcendant, rien d'anormal. Il a donc tous les pouvoirs pour modifier des dispositions que le pouvoir constituant originaire n'a mis en place que par procuration. Le peuple peut ainsi intervenir directement dans le processus constitutionnel par la voie du

---

<sup>135</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 382.

<sup>136</sup> G. VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, éd. Sirey, 1949, p. 277.

<sup>137</sup> C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *op. cit.*, p. 252.

référendum<sup>138</sup>. Pourtant, en Afrique noire francophone, cette sauvegarde formelle du sens premier et donc de « l'intégrité des Constitutions »<sup>139</sup> ne suffit pas à empêcher les procédures de contournement, notamment quand il s'agit de prolonger le mandat des chefs d'Etat en exercice, transformant ces clauses de protection préventives en autant de goupilles constitutionnelles au service du combat politique. Et le juge constitutionnel n'est pas souvent en mesure d'empêcher ce dévoiement du sens des Constitutions africaines<sup>140</sup>.

Aussi est-il nécessaire de mettre en exergue que l'Etat constitutionnel est l'expression d'un très large consensus entre des forces politiques, sociales et idéologiques de large spectre. Une autre manière de contourner ces interdictions de réformer le texte constitutionnel est, par exemple, de mettre fin à l'existence de ce texte en vigueur<sup>141</sup>. Mis à part le cas d'une révolution capable d'instaurer une nouvelle Constitution par la force, celle-ci doit permettre qu'on la révise totalement<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> A titre d'illustration, au Soudan, l'art. 139 de la Constitution du 1<sup>er</sup> juin 1998 dispose : « Une révision ne peut entrer en vigueur si elle modifie les règles de procédures ou est contraire aux principes de base stipulés ci-dessous (Sharia, liberté de conscience, de religion et d'expression, Etat fédéral, régime présidentiel, structure bicéphale du pouvoir législatif, indépendance de la justice, gouvernement transitoire du sud Soudan) sauf si elle est approuvée par une majorité du peuple du Soudan par la voie du référendum ».

<sup>139</sup> Lire le *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone. Bamako, dix ans après, 2000-2010*, Organisation internationale de la francophonie, 2010, p. 19.

<sup>140</sup> F. HOURQUEBIE, *op. cit.*, p. 3.

<sup>141</sup> C. GADDES, « Pouvoir constituant et les limites matérielles au pouvoir de révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 12.

<sup>142</sup> On reconnaît à la Constitution suisse cette possibilité de révision totale de ses dispositions. En effet, selon l'art. 192 alinéa premier de la Constitution suisse du premier janvier 2000 telle que révisée le 3 mars 2002 : « La Constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement ».

En Afrique noire francophone, de ces controverses doctrinales découle la relativité de limites au pouvoir de révision constitutionnelle.

*2. La relativité des limites au pouvoir de révision constitutionnelle*

Il en découle que la portée des limites au pouvoir de révision est considérée comme vaine *ab initio* en raison de la qualité de celui auquel elle est opposée : le pouvoir constituant, dont la souveraineté se conjugue mal avec la notion même de limite<sup>143</sup>. Sur ce point précis, certains auteurs font observer, le fait de dire que « la forme républicaine de l'Etat ne peut faire l'objet d'une proposition de révision, est une absurdité juridique et politique »<sup>144</sup>.

Ainsi, dans les Etats de l'Afrique noire francophone, accorder du crédit aux « clauses intangibles » signifierait d'admettre que le pouvoir constituant réformateur soit tenu de respecter les lignes tracées par le pouvoir constituant originaire, ce qui revient à l'institution d'une dictature constitutionnelle généralisée. Bien sûr, on sait que le pouvoir constituant peut rompre les plus solides des « clauses intangibles », ce qui justifie qu'il n'y aura pas la victoire de la « dictature des morts sur les vivants ». Il est donc admis de se questionner sur la portée des limites constitutionnelles interdisant le pouvoir de révision. Il est certes possible de considérer que les dispositions déclarées irréformables par les constituants africains sont parties intégrantes d'une supra-constitutionnalité dont le respect s'imposerait au pouvoir de révision. En d'autres termes, les principes et les valeurs sur lesquels repose la loi fondamentale ne pourraient en aucun cas être remis en cause par le pouvoir de révision qu'elle institue. Mais, encore faut-il que l'organe constitutionnel comme l'a fait la Cour constitutionnelle béninoise, accepte de reconnaître et de protéger ces principes et valeurs, tout en faisant preuve, au final, d'une retenue certaine dans l'exercice de son contrôle. En Afrique

---

<sup>143</sup> Sur ce sujet, lire D. BLANC, « La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la cinquième République », art. précité, p. 4.

<sup>144</sup> J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Economica, rééd., 1933, p. 236.

noire francophone, l'on peut évoquer, à titre d'illustration, l'exemple de la Cour constitutionnelle du Bénin. En effet, dans ce pays, la Cour constitutionnelle a considéré dans sa décision du 8 juillet 2006 que la révision devait donc se faire sur la base du consensus national<sup>145</sup>. La jurisprudence béninoise a été complétée sur ce point par les décisions des 5 avril 2010<sup>146</sup> et 8 septembre 2010<sup>147</sup>. Elle estime que « le consensus, principe à valeur constitutionnelle, tel qu'affirmé par la décision du 8 juillet 2006 (...) loin de signifier l'unanimité, est d'abord un processus de choix ou de décision sans passer par le vote ; qu'il permet, sur une question donnée, de dégager par une voie appropriée, la solution satisfaisant le plus grand nombre de personnes »<sup>148</sup>. Au demeurant, la révision constitutionnelle de 2006, menée par le Parlement et qui avait pour objectif le rallongement du mandat parlementaire, contre l'avis du gouvernement et de la population ne satisfaisait que les parlementaires. Le consensus n'était donc pas atteint.

En ce qui concerne les limites au pouvoir de révision, le droit constitutionnel formel est hiérarchiquement déterminé et il n'en saurait être autrement<sup>149</sup>. Mais il existe, aujourd'hui, en France, par exemple, un courant doctrinal qui conteste fermement l'existence de toute forme de supra-constitutionnalité qui considère qu'il n'existe pas de différence de nature entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant réformateur, tous les deux étant souverains, relève le doyen Georges Vedel<sup>150</sup>. Mais, depuis quelque temps, une partie de la doctrine a tendance à affirmer qu'il existe au sein de la charte un noyau dur de principes constitutionnels-la souveraineté nationale, la nationalité-condition de la citoyenneté, l'unité de l'Etat-intouchables par quelque pouvoir que ce soit : exécutif, législatif,

---

<sup>145</sup> Décision n° DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

<sup>146</sup> Décision n° DCC 10-049 du 5 avril 2010.

<sup>147</sup> Décision n° DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

<sup>148</sup> Considérant n° 7 de la décision de 2010.

<sup>149</sup> L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>150</sup> G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *op. cit.*, p. 179.

constituant représentatif ou populaire<sup>151</sup>. Pourtant, il est loisible d'arriver en Afrique noire francophone au pouvoir constituant dérivé de s'affranchir des limites que la loi fondamentale veut lui imposer en supprimant dans un premier temps les dispositions qui les consacrent, avant de procéder, dans un second temps, à la modification du texte de la Constitution.

C'est en ce sens que Bruno Genevois a consacré une belle analyse à ce sujet et a écarté la thèse de la supra-constitutionnalité dont le voisinage est fréquent dès lors qu'il est question de limites au pouvoir de révision constitutionnelle.

### ***B. La contrôlabilité des limites au pouvoir de révision constitutionnelle***

En Afrique noire francophone, la problématique du contrôle des lois constitutionnelles est sujette à controverse. En effet, la mention expresse d'une telle compétence est très rare dans les Constitutions au sens contemporain. Mais les Cours constitutionnelles du Bénin et du Mali se reconnaissent compétentes et ont ainsi exercé un contrôle singulier sur les lois de révision constitutionnelle. Même si ce contrôle découle d'une interprétation extensive de leurs attributions constitutionnelles (1), qu'en est-il de la survenance d'une jurisprudence audacieuse en matière de contrôle des lois de révision constitutionnelle ? (2).

#### *1. Un contrôle des limites au pouvoir de révision découlant de l'interprétation constitutionnelle*

En Afrique noire francophone, la problématique des dispositions constitutionnelles intangibles est sujette à controverse dans la littérature juridique. Certains auteurs y voient de simples dispositions constitutionnelles pouvant être réformées en usant de la technique de

---

<sup>151</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, éd. LGDJ, 2013, p. 221.



la « double révision »<sup>152</sup>, donc des dispositions constitutionnelles introduisant l'idée d'une supra-constitutionnalité de certains droits et principes fondamentaux dans le texte constitutionnel. D'autres y voient de véritables dispositions constitutionnelles n'emportant pas l'idée de supra-constitutionnalité.

La pratique constitutionnelle des Hautes juridictions dans les Etats d'Afrique noire francophone reste dominée par le tiraillement entre celles qui contrôlent les lois de révision et celles qui réitèrent des motifs d'incompétence d'un tel contrôle<sup>153</sup>. Confronté à la problématique du contrôle des lois constitutionnelles<sup>154</sup>, le juge constitutionnel africain adopte une attitude qui se répartit entre celle du refus et celle de l'activisme, agrémentée, entre ces deux pôles, d'une multitude de postures intermédiaires, le plus souvent atypiques et singulières. Ainsi, rendre contrôlable les limites au pouvoir de révision ne relève pas du registre de l'évidence pour ceux les ayant

---

<sup>152</sup> P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, éd. Masson, 1993, p. 75.

<sup>153</sup> Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 janvier 2006, a refusé d'examiner le recours en inconstitutionnalité de la loi constitutionnelle contestée devant lui, au motif que sa « compétence est strictement délimitée par la Constitution et la loi organique sur le Conseil constitutionnel » ; qu'il « ne saurait être appelé à statuer dans d'autres cas que ceux limitativement prévus par ces textes » et qu'il « ne tient ni (...) de la Constitution ni d'aucune disposition de la loi organique le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ». En 1962, saisi par le président du Sénat de la loi référendaire adoptée le 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel français s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'un projet de loi adopté par référendum au motif qu'il résulte de « l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser (...) sont uniquement les lois votées par le parlement », voir I. M. FALL, *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Dakar, CREDILA-CREPO, 2007, p. 76.

<sup>154</sup> Sur cette notion, voir M. LUCIANI, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010.

posées tant l'absence de sanction à leur atteinte est criante<sup>155</sup>. Faut-il y voir un dispositif de veille de l'Etat de droit démocratique, autrement dit, un rempart pour faire en sorte que l'époque de l'autocratie ou du monopartisme soit bel et bien révolue, que « les Constitutions existent pour servir les intérêts à long terme des sociétés et non les objectifs à court terme des dirigeants ? »<sup>156</sup>. Dans son célèbre article sur le contrôle prétorien de la révision, Stéphane Bolle souligne que la réponse à cette interrogation n'est pas aisée. En effet, certaines juridictions constitutionnelles africaines se sont arrogé le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois de révision. Sans témérité, les Cours constitutionnelles du Bénin et du Mali se reconnaissent, dans le silence des textes, la compétence de statuer sur la constitutionnalité d'une révision au regard des normes dégagées par les Cours constitutionnelles respectives<sup>157</sup>. Même si ces juridictions constitutionnelles africaines statuant dans ce sens se sont parfois, soit alternativement soit concomitamment, fondées sur le caractère attributif de leurs compétences<sup>158</sup>. Pour Téléphore Ondo, le principe

---

<sup>155</sup> D. BLANC, « La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la cinquième République », art. précité, p. 6.

<sup>156</sup> S. BOLLE, « Le contrôle prétorien la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *op. cit.*, p. 8 ; K. K. KPRI, « Le Conseil constitutionnel ivoirien et Université la suprématie de la Constitution : étude à la lumière des décisions et avis », thèse de doctorat en droit public, Bourgogne Franche-Comté/Université Félix Houphouët-Boigny Abidjan-Cocody, 2018, p. 236 et s.

<sup>157</sup> Pour de plus amples développements sur ce sujet, voir L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, éd. PUF, *Que sais-je ?* 1992, p. 4.

<sup>158</sup> I. DIALLO, « Pour un examen minutieux de la question des révisions de la Constitution dans les Etats africains francophones », *op. cit.*, p. 22 ; M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 33, 2017, p. 667-688 ; M. DIAGNE, « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique : l'exemple du Conseil constitutionnel sénégalais », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 12, 1997, p. 99-129 ; E. BOTTINI, « L'intervention du juge constitutionnel dans l'exercice du pouvoir constituant », in *Revue de droit politique, Jus Politicum*, n° 18, p. 117-154.

original d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles a été consacré en Afrique noire francophone<sup>159</sup>.

Dans des situations analogues, Didier Blanc s'interroge sur le cas français, comment admettre que les limites formelles –matérielles au pouvoir de révision– opposables au congrès, dont le règlement est susceptible d'être contrôlé par le Conseil constitutionnel, soient mieux défendues que la limite matérielle – interdiction faite au pouvoir de révision ? Le juge constitutionnel africain joue un rôle important dans la régulation du système politique<sup>160</sup>. Il est appelé à régler les nombreux conflits juridiques jalonnant une vie politique mouvementée<sup>161</sup>, développe souvent une conception extensive de son office. A ce titre, il intervient très souvent dans l'encadrement juridique des pouvoirs de révision de la Constitution. La révision de la Constitution ne pourrait donc s'effectuer s'il n'est pas tenu compte, par exemple, des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution, notion qui semble être synonyme des « options fondamentales ». La Cour constitutionnelle du Bénin a considéré que la révision doit donc se faire sur la base du consensus national<sup>162</sup>. Si l'art. 114 de la Constitution ne parle que de « loi », sans autre précision, par sa jurisprudence du 18 juillet 2006, la Cour peut être saisie d'une loi constitutionnelle après son adoption pour vérifier sa conformité à la Constitution<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> T. ONDO, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », in *Revue de Droit international et de Droit comparé*, n° 1, 2009, p. 104.

<sup>160</sup> S. BOLLE, *op. cit.*, p. 8.

<sup>161</sup> J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », in *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, p. 250 et s ; C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 63, 2005, p. 451 et s ; D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Les Annales de droit*, n° 10, 2016, p. 119-138.

<sup>162</sup> Décisions DCC 10-049 du 5 avril 2010 et DCC 10-117 du 8 septembre 2010.

<sup>163</sup> DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

Le juge constitutionnel malien considère qu'il n'y a pas expressément une reconnaissance d'immunité juridictionnelle des lois constitutionnelles. Pour lui, cela est suffisant à fonder sa compétence pour la contrôlabilité des lois portant révision de la Constitution. En plus de cela, il considère qu'il est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics. Ainsi, la compétence du juge constitutionnel pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi portant révision de la Constitution se fonde sur une compétence controversée<sup>164</sup>. Cela s'explique par la situation singulière au regard de l'importance des enjeux politiques et juridiques liés à cette question. Au final, l'interprétation *ultra petita* faite par les Cours constitutionnelles du Bénin et du Mali de leur compétence respective ne fait pas l'unanimité. Le juge constitutionnel s'est auto-habilité à contrôler les lois portant révision de la Constitution. En réalité, il confond volontairement les lois constitutionnelles avec les lois ordinaires, acte du parlement<sup>165</sup>. Comme le relève Séverin Andzoka Atsimou, la Cour limite ainsi les compétences du pouvoir constituant dérivé, puisque le juge constitutionnel contrôle et censure la loi de révision<sup>166</sup>. Ainsi, les juridictions constitutionnelles africaines ou du moins celles du Bénin et du Mali acceptent de contrôler les lois constitutionnelles sans toujours une base constitutionnelle expresse. Elles se fondent parfois, sur leur compétence générale de juge de la constitutionnalité des lois.

---

<sup>164</sup> M. M. AÏDARA, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat », in *Revue Afrilex*, <http://afrilex.u-bordeaux.fr>, consulté le 29 juillet 2019.

<sup>165</sup> Le juge constitutionnel malien, à travers ses arrêts n° 01-128 du 12 décembre 2001 et n° 2017-04/CCM/Réf. du 4 juillet 2017 s'est déclaré compétent pour aborder la constitutionnalité d'une loi portant révision de la Constitution du 25 février 1992. Il souligne que « (...) la loi portant révision de la Constitution qui est l'objet du référendum n'étant pas une loi organique, (elle) fait donc partie des autres catégories de lois prévues à l'art. 88 de la Constitution ; qu'en conséquence, elle est susceptible de recours en contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle ».

<sup>166</sup> S. A. ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *op. cit.*, p. 287 ; P. MASSINA, « Le juge constitutionnel africain francophone : entre politique et droit », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 111, 2017, p. 641-670.

Une rétrospective sur les processus de révision constitutionnelle met en évidence des attitudes différenciées du juge constitutionnel à leur égard. Il apparaît que, dans leur grande majorité, les textes fondamentaux des Etats africains francophones ne prévoient pas explicitement compétence au juge constitutionnel pour contrôler la loi de révision constitutionnelle<sup>167</sup>. En outre, il est à noter que, dans des situations plus singulières, certains juges constitutionnels africains se découvrent, chacun à sa manière, une ouverture pour s'autoriser à soumettre à un contrôle matériel la loi de révision<sup>168</sup>. En réalité, l'expression « loi constitutionnelle » ne figure pas dans les Constitutions des Etats considérés. C'est une création de la doctrine et de la jurisprudence françaises<sup>169</sup>. Elle désigne une loi modifiant ou complétant la Constitution et adoptée selon la procédure de révision prévue par la Constitution elle-même.

Au Sénégal, en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses, le raisonnement tenu par le Conseil constitutionnel, inspiré par son homologue français<sup>170</sup>, est demeuré invariable. Chaque fois que la question de sa compétence à contrôler une loi de révision lui a été soumise, il déclare que « l'alinéa premier de l'art. 92 de la Constitution et l'art. premier de la loi organique n° 92-23 du 30 mai 1992 (modifiée) donnent compétence au Conseil constitutionnel pour connaître de la constitutionnalité des lois et des lois organiques »<sup>171</sup>. En définitive, le juge constitutionnel sénégalais ne tient ni de ces textes, ni d'aucune disposition constitutionnelle, ni de la loi organique

---

<sup>167</sup> D. KOKOROKO, « Réflexions sur la limitation jurisprudentielle du pouvoir de révision constitutionnelle au Bénin », *Constitutions* 2013, n° 3, Dalloz, p. 329-342 ; I Salami, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle béninoise », in *RTSJ*, janvier-juin 2011, p. 45-65.

<sup>168</sup> Rapport de la Francophonie sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés, in *Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone*, 2016, p. 23.

<sup>169</sup> D. ROUSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, éd. Montchrestien, 2013, p. 220 et s.

<sup>170</sup> L. FAVOREU, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », in *RFDA*, n° 4, juillet-août 2003, p. 792-795.

<sup>171</sup> Lire le *Rapport* de la Francophonie, précité.

le pouvoir de statuer sur une loi constitutionnelle<sup>172</sup>. En tout état de cause, accorder une réalité à l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles renvoie, inévitablement, à la question de la hiérarchie des normes au sein même de la Constitution.

Même s'il y a une controverse autour du contrôle des limites au pouvoir de révision constitutionnelle, de nos jours, une tendance pour la justiciabilité des lois constitutionnelles est perceptible dans la jurisprudence constitutionnelle africaine.

## *2. La survenance d'une jurisprudence audacieuse de contrôle des lois constitutionnelles*

Le droit constitutionnel comparé milite pour la possibilité d'un contrôle *a priori* portant sur l'acte de révision populaire et non pas seulement sur les lois ordinaires. Ce contrôle existe en Suisse, par exemple, où prédomine un régime davantage tourné vers le système de démocratie semi-directe que vers la démocratie représentative<sup>173</sup>. Dans le même sillage, Massimo Luciani relève que « la doctrine des limites à la révision constitutionnelle a une valeur juridique précise »<sup>174</sup>. En Afrique noire francophone, cette option est également envisagée dans certains Etats. En effet, le dépouillement minutieux de certaines décisions des juridictions constitutionnelles montre que le contrôle des lois constitutionnelles est une effectivité incontestable. Même si cela a été qualifié par certains comme une nouvelle approche du contrôle de la constitutionnalité des lois de révision<sup>175</sup>. Pour justifier un tel contrôle, Olivier Beaud milite pour une distinction

---

<sup>172</sup> Décision n° 44/98 du 9 octobre 1998 ; décision n° 77/01 du 2 janvier 2001 ; décision n° 90/03 du 1<sup>er</sup> juin 2003 ; décision n° 92/2005 du 18 janvier 2006 ; décision du 18 juin 2009.

<sup>173</sup> C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *op. cit.*, p. 252.

<sup>174</sup> M. LUCIANI, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010.

<sup>175</sup> M. M. AÏDARA, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat », *op. cit.*, p. 1-37.

entre la Constitution et les lois constitutionnelles de révision<sup>176</sup>. Ce dernier interprète l'émergence du contrôle des lois constitutionnelles comme une extension logique du contrôle des lois déjà effectué à propos des lois ordinaires, car il s'agit dans les deux cas d'assurer la suprématie de la Constitution<sup>177</sup>. Les révisions récentes initiées dans les Etats africains notamment francophones mettent en évidence cette possibilité.

C'est ainsi, par exemple, qu'au Mali où une loi portant révision de la Constitution du 25 février 1992, adoptée le 21 juillet 2001, a été déférée à la haute juridiction constitutionnelle par un groupe de députés contestant sa constitutionnalité par deux requêtes. En effet, les saisissants mettent en avant plusieurs moyens. En son art. 5, la loi portant révision de la Constitution propose une nouvelle rédaction de la loi fondatrice de la III<sup>e</sup> République qui dispose que « l'Etat reconnaît et garantit, dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et de venir, le libre choix de la résidence, la liberté d'association, de réunion, de cortège, de manifestation ». Ainsi, par la révision constitutionnelle, le pouvoir constituant africain décide de ne plus engager l'Etat dans la reconnaissance et la garantie des droits constitutionnels mentionnés. Dans un deuxième grief, ils soutiennent que, la loi constitutionnelle propose une nouvelle rédaction de l'art. 41 de la Constitution selon laquelle le président de la République « après avis de la Cour constitutionnelle, (...) peut soumettre au référendum toute question d'intérêt national ». Par cette modification, les auteurs de la révision remettent en cause le caractère obligatoire de l'avis du juge constitutionnel en matière de référendum, ce qui selon les saisissants fait grief à la compétence reconnue à la Cour de donner son avis sur la révision de la loi fondamentale qui « constitue un acte d'intérêt national ». Dans le même sillage, la modification implique au changement de plusieurs statuts et régimes notamment en accordant

---

<sup>176</sup> O. BEAUD, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010.

<sup>177</sup> *Ibid.*

une immunité constitutionnelle au président de la République pour les crimes et délits commis dans l'exercice de ses fonctions.

Le juge malien a, par arrêt n° 01-128 de 2001<sup>178</sup>, considéré qu'il n'y a que deux catégories de lois aux termes de l'art. 88 de la Constitution : les lois organiques qui sont obligatoirement soumises par le premier ministre à la Cour constitutionnelle avant leur promulgation et les autres lois. D'emblée, le juge constitutionnel a donc rangé la loi constitutionnelle dans cette seconde catégorie et l'a donc déclaré recevable en contestation devant la Cour. Dans un raisonnement cohérent, il a formellement déclaré non conforme à la Constitution, le texte publié au journal officiel en vue de sa soumission au référendum, pour discordance avec le texte voté par le parlement. En somme, la posture du haut juge malien est critiquable à divers égards. Il semble que la démarche formelle consistant à procéder à cette assimilation a, en soi, pour effet, de remettre en cause la distinction fondamentale entre législateur et constituant<sup>179</sup>. Au fond, le juge constitutionnel malien, pour sa part, n'établit pas une distinction entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire et du coup refusant de reconnaître le domaine de la loi de révision par rapport à celui de la loi ordinaire. On peut aussi fondamentalement justifier l'idée d'un tel contrôle au nom de la Constitution. Par conséquent c'est la Constitution elle-même qui légitime ce contrôle. Il faut souligner que dans les Etats d'Afrique noire francophone, le contrôle des lois constitutionnelles par rapport à la Constitution reste à l'intérieur du cadre constitutionnel, de la Constitution prise dans son ensemble et dans sa globalité.

Plus récemment, en 2017, le juge constitutionnel malien a renforcé sa compétence à connaître les lois de révision constitutionnelle. Il fut saisi par des députés de l'opposition qui contestaient la constitutionnalité de la loi n°2017-31/AN-RM adoptée par l'Assemblée nationale le 2 juin 2017 portant révision de la Constitution de 1992. Les députés requérants dénoncent une violation de l'art. 118 de la

---

<sup>178</sup> Arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001.

<sup>179</sup> M. M. AÏDARA, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat », *op. cit.*



Constitution, développée en deux branches et des insuffisances liées à la mouture du texte exposées comme suit: qui dispose en substance qu'« aucune procédure de révision ne peut être engagée lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Le Mali fait face, depuis plusieurs années, à la présence sur son territoire de plusieurs groupes armés semant la terreur sur leur passage et dictant leur loi aux populations sur plus des deux tiers du territoire national. Selon eux, cette présence ne peut être contestée au nord du pays où la ville de Kidal est interdite d'accès, par les « maîtres des lieux », à l'administration malienne et à ses agents, obligeant ainsi le gouverneur de région à déplacer ses bureaux à Gao. La Cour, dans son arrêt du 04 juillet 2017 a considéré qu'il n'y avait pas atteinte à l'intégrité du territoire national en déclarant la loi n° 2017-31/AN-RM du 2 juin 2017 portant révision de la Constitution du 25 février 1992 conforme à la Constitution<sup>180</sup>. Avec cette jurisprudence, le juge malien ne fait que confirmer sa jurisprudence ancienne entreprise en 1996<sup>181</sup> et 2001<sup>182</sup>.

On peut critiquer cette posture du juge malien à plus d'un titre. En effet, l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ne semble pas être convainquant. La Cour a considéré que « l'insécurité qui prévaut au Mali est résiduelle en ce qu'elle est persistante en certains endroits du territoire national, que cependant elle est de moindre amplitude par rapport à celle qui sévissait dans le pays en 2012 et caractérisée à l'époque par l'occupation des régions du nord par des forces d'obédience sécessionniste, djihadiste et autres venues d'horizons divers et dont l'ampleur n'a d'ailleurs pas privé le peuple, plus tard, de son droit d'exprimer sa souveraineté à l'occasion des élections générales de 2013, ce, conformément aux dispositions des art. 26 et 27 de la Constitution du 25 février 1992... ». Pendant ces périodes, qui requièrent l'unité et la cohésion nationales, il convient d'éviter des débats à même d'y porter atteinte. C'est pourquoi toute révision constitutionnelle est exclue dans certains moments. De notre point de

---

<sup>180</sup> Arrêt n° 2017-04/CCM/Réf. du 4 juillet 2017.

<sup>181</sup> Arrêt n° 96-003 du 25 octobre 1996.

<sup>182</sup> Arrêt n° 01-128 en date des 11 et 12 décembre 2001.

vue, la situation que connaît le Mali depuis le 22 mars 2012 constitue bel et bien une atteinte à l'intégrité du territoire national. Le territoire malien est occupé par la Force Barkhane et la Mission multidimensionnelle intégrée des Nations-Unies pour la stabilisation au Mali (MINUSMA) qui sont des forces politico-militaires, indépendantes du pouvoir central, qui l'administrent de façon autonome avec l'interposition sur la ligne de front. Une telle situation crée, comme le relève pertinemment le professeur Sébastien Lath Yédoh, « le dysfonctionnement des services publics sur une partie du territoire national »<sup>183</sup>. Le juge constitutionnel ne doit pas tenir compte de l'humeur des pouvoirs publics pour rendre sa décision. La Cour constitutionnelle, comme toute juridiction<sup>184</sup>, est soumise à l'exigence d'impartialité. Elle est appelée à jouer dans certaine mesure le rôle d'arbitre entre les parties, assurer l'application de la règle de droit dans tous les domaines.

Quant à la Cour constitutionnelle du Bénin, elle a procédé autrement pour fonder sa compétence à réaliser un contrôle matériel d'une loi de révision constitutionnelle, dans sa fameuse décision du 8 juillet 2006<sup>185</sup>. Le juge constitutionnel a été saisi d'une requête émanant de 21 députés et du président de la République aux fins de contrôler la conformité à la Constitution d'une loi<sup>186</sup> portant révision de la Constitution. Les saisissants soutiennent que la loi de révision a porté de quatre à cinq la durée du mandat parlementaire avec effet rétroactif pour la législature en cours. Le juge constitutionnel élude totalement la problématique de sa compétence pour statuer sur les questions de fond. En effet, la Haute juridiction béninoise a, par une

---

<sup>183</sup> S. L. YEDOH, « La production constitutionnelle en période de crise », *op. cit.*, p. 344.

<sup>184</sup> Pour aller plus loin, voir M. PROUZET, « Les procédures de révision constitutionnelle », in G. CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economisa, 1979, p. 281 et s.

<sup>185</sup> *Rapport de la Francophonie*, précité, p. 27.

<sup>186</sup> La loi constitutionnelle n° 2006-13 portant révision de l'art. 80 de la Constitution du 11 décembre 1990, votée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006.

décision<sup>187</sup> de 2006, considéré que toutes les dispositions de la loi constitutionnelle n° 2006-13 portant révision de l'art. 80 de la Constitution du 11 décembre 1990 votée par l'Assemblée nationale le 23 juillet 2006 sont contraires à la Constitution. Cette décision du juge est intéressante à plus d'un titre. En effet, elle a permis à la Cour constitutionnelle de dégager pour la première fois un principe à valeur constitutionnelle inédit, c'est-à-dire le consensus national comme élément nécessaire pour censurer la loi constitutionnelle. Ainsi, dans son dernier considérant, le juge constitutionnel béninois, a déclaré que « le mandat de quatre (4) ans, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la conférence des forces vives de la nation de février 1990 et consacré par la Constitution en son préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à (...) la confiscation du pouvoir ; que même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle ». En somme, la jurisprudence béninoise ainsi dépouillée montre à suffisance que la Cour constitutionnelle est un acteur majeur de la vie politique et institutionnelle nationale. Le juge béninois a ainsi confirmé, à travers une jurisprudence constante, la place prééminente qu'il accorde à ce principe de consensus national<sup>188</sup>. Il résulte de l'analyse de cette décision que le constituant béninois a entendu mettre à l'abri d'une révision constitutionnelle la durée du mandat des représentants du peuple. En effet, aucune révision ne peut augmenter en durée le mandat des parlementaires.

---

<sup>187</sup> Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

<sup>188</sup> Décision n° DCC 10-025 du 11 mars 2010, décision n° DCC 10-49 du 5 avril 2010 ; décision n° DCC 10-050 du 14 avril 2010.

En résumé, le contrôle prétorien de la révision<sup>189</sup> s'est ainsi exercé au Mali et au Bénin dans des circonstances très différentes. Les décisions analysées ont en commun de reposer sur une autohabilitation à contrôler : le juge s'autorise à vérifier la constitutionnalité d'un acte de révision, soit une compétence qui ne lui a été expressément ni attribuée, ni refusée par le constituant<sup>190</sup>. Ce qui a permis à certains auteurs comme Guillaume Tusseau, de qualifier le juge constitutionnel « de législateur, constituant et supra constituant »<sup>191</sup>. Au final, ce qui consacre un nouveau cadre de la supra-constitutionnalité et du droit de révision dans les Etats de l'Afrique noire francophone.

\*  
\* \*

Au terme de cette analyse, la limitation formelle du pouvoir de révision relèverait du « juridique » et la limitation matérielle du pouvoir de révision du « politique » tout simplement<sup>192</sup>. Les limites de révision constitutionnelle, loin d'être un obstacle et une dictature « des vieux » ou « des morts », constituent un blindage protecteur pour la Constitution. Et si on veut les rompre, il faudra le faire plus ouvertement encore et assumer la confrontation clairement idéologique qui préside à toute la question. Que l'on convoque les commissions nationales de réformes constitutionnelles et que l'on donne effectivement la parole au peuple et non à des maîtres à penser. La limitation matérielle de la révision heurte de plein fouet le principe démocratique selon lequel chaque nation a le droit de changer de

---

<sup>189</sup> S. BOLLE, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 17, décembre 2006, p. 8.

<sup>190</sup> S. BOLLE, *op. cit.*, p. 9.

<sup>191</sup> G. TUSSEAU, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *op. cit.*, p. 174.

<sup>192</sup> O. BEAUD, « Le cas français : l'observation de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », in *Revue de droit politique, Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, p. 106.

Constitution et de la réviser<sup>193</sup>. Le droit constitutionnel jurisprudentiel des Etats africains semble devenir, à « l'identique » de ce qu'il est dans les grandes démocraties : un « droit vivant »<sup>194</sup>. La solution du problème de contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles dans les Etats africains est simple. En effet, il sera résolu soit selon la réglementation de la Constitution, soit selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Lorsque la Constitution elle-même a prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la solution de ce problème ne présente aucune difficulté. En revanche, si le texte constitutionnel ne contient aucune disposition sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles, la solution authentique à cette question ne peut se trouver que dans la jurisprudence constitutionnelle.

Au demeurant, le contrôle juridictionnel des lois de révision constitutionnelle peut apparaître comme le moyen le plus efficace de préserver la Constitution contre tout changement indésirable<sup>195</sup>. Depuis plus d'une décennie, les acteurs politiques africains n'hésitent plus à recourir au juge constitutionnel pour commettre des violations de la Constitution<sup>196</sup>. On ne saurait terminer cette analyse sans rappeler les vues avisées d'Olivier Duhamel et Guillaume Tusseau, selon lesquelles « trop peu de rigidité viderait la notion de Constitution de sa substance, trop de rigidité risquerait de ruiner l'édifice »<sup>197</sup>. Au-delà du contrôle exercé par le juge constitutionnel sur

---

<sup>193</sup> O. BEAUD, « Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, janvier 2010.

<sup>194</sup> S. A. ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 110, 2017, p. 315.

<sup>195</sup> Pour aller plus loin sur ce sujet, lire D. BARANGER, « Cours constitutionnelles et révision de la Constitution », in *Jus Politicum*, n° 18, juillet 2017, 687 p.

<sup>196</sup> S. M. OUEDRAOGO, La lutte contre la fraude à la Constitution en Afrique noire francophone, thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux, 2011, p. 275.

<sup>197</sup> O. DUHAMEL, G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, éd. Seuil, 2013, p. 25.

les lois constitutionnelles, il convient de s'interroger si les présidents africains : en vertu de leurs attributions constitutionnelles, ne sont-ils pas chargés de veiller au respect de la Constitution ?

## LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT À L'ALIMENTATION EN AFRIQUE DE L'OUEST

**Dr Mamadou NIENTAO,**  
**enseignant-chercheur à la Faculté de droit public, Université des  
sciences juridiques et politiques de Bamako**

**Résumé :** *Au-delà de la vie même, c'est la liberté qui est en cause dans le droit à l'alimentation et pour comprendre comment penser ce droit aujourd'hui, il ne faut pas oublier cette première leçon, et voir ce que nos Constitutions en a fait. Le droit à l'alimentation est un droit de l'homme reconnu en droit international qui protège le droit de tous les êtres humains de se nourrir dans la dignité, soit en produisant leurs aliments soit en les achetant. Ce droit est certes un droit de l'homme, partant, il implique pour toute personne la garantie d'une nourriture quantitativement suffisante et qualitativement adéquate. Sa mise en œuvre est l'un des défis majeurs de toute l'humanité. Au regard de la situation alimentaire et nutritionnelle en Afrique de l'Ouest, analyser la façon dont les Constitutions de ces pays abordent la question et la mise en œuvre d'une approche axée sur les droits humains fondamentaux est particulièrement nécessaire. Le droit à l'alimentation est un principe directeur dans la Constitution, guidant l'action gouvernementale pour la politique de l'État, notamment dans le domaine socioéconomique. Bien que l'inclusion des droits de l'homme dans la Constitution soit un moyen puissant pour garantir légalement les droits, le droit à l'alimentation n'est pas largement inclus dans les Constitutions de la CEDEAO comme droit fondamental. Le présent article analyse les degrés de protection constitutionnelle du droit à l'alimentation en Afrique de l'ouest et les effets de cette constitutionnalisation afin de fonder la justiciabilité de ce droit sur le plan interne et international. Pour cela, il est crucial d'identifier le contexte précis dans lequel va se réaliser le suivi dès le départ, afin de mettre à profit les opportunités existantes et de surmonter les défis*

*rencontrés. Pour ce faire, il convient d'interroger les Constitutions de ces pays respectifs, et de voir également le niveau d'effectivité de ce droit dans la pratique des Etats ouest-africains.*

**Mots clés :** *constitutionnalisation, Droit à l'alimentation, justiciabilité, voies de recours*

Pour évoquer le problème alimentaire, plusieurs concepts sont utilisés, à son accès, sa sécurité etc. Souveraineté alimentaire, sécurité alimentaire et droit à l'alimentation sont certes liés, mais présentent des caractéristiques différentes. Les deux premiers constituent des conditions de réalisation du dernier. Il est certes fondamental, en ce sens que c'est celui qui crée des droits et bien sûr des obligations.

Le problème alimentaire est donc une question transversale, dans la mesure où il met en relation une pluralité de facteurs de risque, d'échelles spatiales et temporelles de gestion et une diversité d'acteurs aux logiques, pratiques, discours et représentations divergents dont les intérêts sont antagoniques. Cette complexité tient aussi à l'évolution rapide des contextes macro- et micro- dans lesquels elle s'enracine, réduisant l'efficacité des cadres d'analyse hérités et l'efficacité de politiques déjà établies<sup>1</sup>.

On aura compris que l'émergence et le perfectionnement de la protection des droits de l'homme a été un long processus politico-philosophique et juridique de conceptualisation, de maturation, de revendication, de cristallisation, de positivisation, de constitutionnalisation, d'internationalisation et d'universalisation<sup>2</sup>. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) précise que « le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque

---

<sup>1</sup> Pierre JANIN, Charles-Edouard DE SUREMAIN, « L'insécurité alimentaire : dimensions, contextes et enjeux », L. CAMBREZY et V. PETIT (dir.). *Population, mondialisation et développement : la fin des certitudes ?* La Documentation française, pp.147-167, 2012, p. 2.

<sup>2</sup> A. SOMA, *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*. Genève, Zurich, Bâle : Schulthess, p. 17.



*femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer*<sup>3</sup> ».

La principale obligation découle de l'Etat. Toutefois, le droit à l'alimentation comporte trois obligations de l'État: respecter l'accès à la nourriture existant, protéger le Droit à l'alimentation du peuple par la réglementation des activités des acteurs non étatiques, et garantir efficacement un meilleur accès à la nourriture».

Il est difficile de dissocier la dignité à ce droit, c'est pourquoi, Jean Ziegler, alors rapporteur spécial des Nations unies pour le droit à l'alimentation avait précisé la notion de droit à l'alimentation en y ajoutant la notion de *dignité*. Ainsi, « le droit à l'alimentation est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à une nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateur, et qui assure une vie psychique et physique, individuelle et collective, libre d'angoisse, satisfaisante et digne<sup>4</sup> ».

La dignité est un droit fondamental d'efficacité directe, dont la reconnaissance générale compromet la base politique des États ouest-africain. En outre, ce droit, étroitement lié au droit à la vie signifie la protection de l'existence humaine, la reconnaissance de leur nature mais ne limitant pas à l'existence physiologique simple, mais une vie dans les conditions dignes<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> V. Observation générale n° 12 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à une nourriture suffisante » (article 11 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 20<sup>ème</sup> session, 12 mai 1999, Doc. E/C.12/1999/5.

<sup>4</sup> V. C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Ed. Bruylant, p. 69.

<sup>5</sup> G.-A. LOPEZ DAZA, « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle Colombienne », *Opinión Jurídica*, Vol. 14, n° 27, 2005, p. 78, accessible sur [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302015000100005](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302015000100005).

On estime actuellement que près de 690 millions de personnes dans le monde ont faim, soit 8,9 % de la population mondiale, ou dix millions de personnes de plus en un an et près de 60 millions en cinq ans. Le nombre de personnes touchées par l'insécurité alimentaire grave, qui est une autre mesure permettant d'estimer l'incidence de la faim, montre également une tendance à la hausse. En 2019, près de 750 millions de personnes, soit près d'une personne sur dix dans le monde, étaient exposées à l'insécurité alimentaire grave.

Si l'on considère l'ensemble des personnes touchées par une insécurité alimentaire modérée ou grave, on estime que deux milliards de personnes dans le monde n'avaient pas régulièrement accès à une alimentation sûre, nutritive et suffisante en 2019<sup>6</sup>. Spécifiquement<sup>7</sup> sur le continent africain, où toute la misère du monde semble avoir élu domicile, plus de 200 millions d'Africains<sup>8</sup> vivent

---

<sup>6</sup> *L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2020. Transformer les systèmes alimentaires pour une alimentation saine et abordable.* FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF. 2020, Rome, FAO. p. XVII, accessible sur <https://doi.org/10.4060/ca9692fr>.

<sup>7</sup> Sur la situation mondiale de l'alimentation, voir les travaux de l'*International Food Policy Research Institute*, Institut international de recherche sur les politiques alimentaires, [www.ifpri.org/sites/default/files/publications/ghi11fr.pdf](http://www.ifpri.org/sites/default/files/publications/ghi11fr.pdf). Cet institut international de recherche agronomique, dont le siège est situé à Washington, s'intéresse beaucoup aux questions économiques et politiques. Créé en 1975, il est membre depuis 1979 du *Consultative Group on International Agricultural Research* (CGIAR). Il possède des bureaux régionaux et nationaux dans de nombreux pays et consacre la moitié de ses ressources à l'Afrique. Il se donne pour tâche essentielle de promouvoir des recherches et de les diffuser auprès des décideurs politiques, des professionnels du développement et des médias. Il s'intéresse plus particulièrement aux grandes questions suivantes : régulation des marchés, gouvernance des institutions, sécurisation alimentaire et nutritionnelle, gestion de l'environnement, lutte contre la pauvreté.

<sup>8</sup> En ce qui concerne la répartition de l'insécurité alimentaire (modérée ou grave) dans le monde, sur les 2 milliards de personnes qui en souffrent, 1,03 milliard se trouvent en Asie, 675 millions en Afrique, 205 millions en Amérique latine et dans les Caraïbes, 88 millions en Amérique du Nord et en Europe et 5,9 millions en Océanie. FAO, 2020.

dans la faim extrême ; 12 % de la population de l'Afrique septentrionale maghrébine demeurent sous-alimentés. En Afrique subsaharienne, plus de 186 millions habitants, soit 34% de la population totale de la région, souffrent constamment des formes de détresse alimentaire les plus aiguës du globe<sup>9</sup>.

Si de nombreuses personnes souffrent de faim dans le monde, c'est en Afrique de l'ouest que le phénomène est plus rependu, en 2013, chaque soir, près d'une personne sur huit s'endort le ventre vide. L'Afrique subsaharienne est le continent le plus frappé par les différents phénomènes de manque présentés précédemment, quel que soit le mode de calcul et de représentation. La proportion de personnes sous-alimentées y reste, par exemple, la plus élevée même si l'Asie l'emporte encore par le nombre de personnes touchées<sup>10</sup>.

Dans ce contexte, il est nécessaire de fonder le droit à l'alimentation comme droit fondamental collectif dans cette région. Il est important de situer juridiquement la responsabilité juridique de cette tragédie alimentaire afin d'assurer le droit à l'alimentation.

Dans le domaine alimentaire, une grande diversité de termes caractérise les situations à risque ou de manque : par ordre d'intensité, « déficit » et « soudure », « disette » et « pénurie », « crise » et « famine », il faudra noter avec regret que tous ces phénomènes ci-dessus cités sont fréquents en Afrique de l'Ouest par moment ou selon les zones distinctes. Nous pensons que le droit à l'alimentation est l'instrument juridique par excellence de lutte contre ces phénomènes en intégralité.

Bien que l'inclusion des droits de l'homme dans la Constitution soit un moyen puissant pour garantir légalement les droits, le droit à l'alimentation n'est pas largement inclus dans les Constitutions de la CEDEAO comme droit fondamental. Dans sept pays de la CEDEAO, le droit à l'alimentation est mentionné comme principe directeur, et

---

<sup>9</sup> A. SOMA, *op. cit.*, p. 5.

<sup>10</sup> V. *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde. Combattre l'insécurité alimentaire lors des crises prolongées*, FAO, Rome, 2010.

dans un seul cas (Niger), il est explicitement considéré comme droit constitutionnel fondamental<sup>11</sup>.

Aucun État de la CEDEAO n'a encore adopté de loi-cadre précisant le champ d'application de ce droit, fournissant une base juridique solide pour davantage de législation, établissant les obligations des autorités gouvernementales et donnant aux individus un droit légal pour les réclamations. La reconnaissance de ce droit par les différentes Constitutions est sans doute un pas en avant et sera un engagement fort pour lutter contre la faim et la malnutrition, mais nous restons convaincus d'une chose, c'est que son respect résulte d'une action collective. Surtout que l'objet du droit à l'alimentation combine des éléments quantitatifs et qualitatifs et fait intervenir de très nombreux facteurs et déterminants qui y a lieu de prendre compte.

Les droits constitutionnels ont une charge symbolique considérable. L'inclusion explicite du droit à l'alimentation dans la Constitution d'un Etat en tant que droit fondamental de tout être humain, est la forme la plus élevée de protection juridique, la Constitution étant vue comme le principe suprême du droit d'un Etat<sup>12</sup>.

Dans sept pays de la CEDEAO, le droit à l'alimentation est mentionné comme principe directeur, et dans un seul cas (Niger), il est explicitement considéré comme droit constitutionnel fondamental. La constitutionnalisation du droit à l'alimentation suppose pour ces Etats, l'intégration dans leurs Constitutions respectives, d'une manière claire, expresse et précise le droit à l'alimentation pour tous les citoyens.

---

<sup>11</sup> V. E. DE LOMA-OSSORIO, C. LAHOZ, L.F. PORTILLO, *Évaluation sur le droit à l'alimentation dans la région de la CEDEAO*, Institut d'Études de la Faim, Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture Rome, 2014, p. 70.

<sup>12</sup> V. *Manuels pratiques sur le droit à l'alimentation, Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, FAO, 2004, p. 11.

Pendant longtemps, le droit constitutionnel a été confiné à l'organisation des pouvoirs publics. A la faveur du développement de l'Etat de droit, il s'est étendu à la protection des droits de l'homme et a considérablement élargi sa portée. Toutes les branches du droit se trouvent sous l'empire du droit constitutionnel<sup>13</sup>.

L'intérêt d'une constitutionnalisation<sup>14</sup> d'un droit de l'homme à l'alimentation ne fait aucun doute, dès lors qu'elle permet notamment d'inféoder à ses exigences le législateur et, dans une moindre mesure, le pouvoir réglementaire autonome ou, à défaut de révision, d'imposer le renoncement à la ratification ou à l'approbation d'un traité international dont une clause aurait été déclarée, de ce fait, contraire à la Constitution.

La solennité de l'affirmation d'un droit de l'homme à l'alimentation par son inscription dans la Constitution vaut sans doute mieux, dans ce but, qu'une reconnaissance « en catimini » par les juridictions, réservée aux seuls lecteurs des décisions ou des articles consacrés à celles-ci. Pour autant, cette constitutionnalisation va notablement contribuer à la justiciabilité de ce droit, qui reste pour le moment une question centrale à résoudre.

Il importe d'étudier les relations entre le droit à l'alimentation et les autres droits de l'homme. L'histoire africaine était largement attachée au bien-être de l'homme, la sacralité de la vie humaine faisait partie déjà des valeurs africaines depuis les temps immémoriaux<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> C. HAGUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, édition, Dalloz, 2008, p. 71.

<sup>14</sup> Sur la constitutionnalisation d'un autre droit de l'homme notamment l'environnement, voir, Philippe BILLET, « La constitutionnalisation du droit de l'homme à l'environnement. Regard critique sur le projet de loi constitutionnelle relatif à la charte de l'environnement », in *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2003. La charte constitutionnelle en débat. p. 35-43.

<sup>15</sup> Les historiens africanistes rappellent ainsi que les « bons et les mauvais » chefs étaient évalués à leur capacité ou non de nourrir leurs populations en période de crise. En « bons pères de famille », ils étaient censés « avoir la main sur le grenier » afin de manifester leur générosité en redistribuant habituellement aux pauvres et, en cas d'urgence, en sauvant leurs gens de la famine. C'est à cette aune que se mesurait leur légitimité, en particulier

C'est cela l'idée première du droit à l'alimentation dont l'origine peut se trouver dans un texte oublié par l'histoire, qu'était la charte du Mandé<sup>16</sup> dont le Mali a tiré son nom. Les racines de cette charte se situent sans doute dans un "Serment de la confrérie des chasseurs" autour du IX<sup>ème</sup> ou X<sup>ème</sup> siècle, transmis par la tradition orale, repris, élargi, enrichi, sans doute au XIII<sup>ème</sup> siècle, à l'époque de la Constitution de l'empire du Mandé par Soundiata Keita, avec ce qu'on appelle aujourd'hui la charte de Kurukan Fuga. En tout état de cause, parler de constitutionnalisation du droit à l'alimentation en Afrique de l'Ouest, n'est pas une question nouvelle encore moins, comme révèle l'introduction, sans intérêt.

Ces paroles adressées par la confrérie des chasseurs du Mandé "aux douze parties du monde", sonnent encore clairement aujourd'hui et on en retiendra pour le moins ce qui constitue les premiers éléments du droit d'être un être humain, à savoir que la faim et l'esclavage sont une seule et même plaie<sup>17</sup>. La constitutionnalisation du droit à l'alimentation, hier comme aujourd'hui est une œuvre utile, en tout cas elle est actuellement un des défis majeurs auxquels tout le continent reste confronté. De ce fait, la question fondamentale est la suivante : quels sont les modalités et les effets de constitutionnalisation du droit à l'alimentation dans le droit positif des Etats de l'Afrique de l'Ouest ?

---

l'assentiment populaire à leur autorité. V. C. ARDITI, P. JANIN, A. MARIE, *la lutte contre l'insécurité alimentaire au Mali, Réalités et faux semblants*, édition, Kartala, 2008.

<sup>16</sup> Cette charte comporte sept principes : 1. Toute vie humaine est une vie. 2. Toute vie étant une vie, tout tort causé à une vie exige réparation. 3. Que chacun veille sur son prochain. 4. Que chacun veille sur le pays de ses pères. 5. La faim n'est pas une bonne chose, l'esclavage n'est pas non plus une bonne chose. 6. Les razzias sont bannies à compter de ce jour au Mandé. 7. Chacun est libre de voir qui il a envie de voir, dire ce qu'il a envie de dire et faire ce qu'il a envie de faire.

<sup>17</sup> COLLART DUTILLEUL, *le droit à l'alimentation à la lumière de son histoire*, intervention orale à l'Académie d'agriculture de France, V. <https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/1874/files/2019/11/Droit-a-alimentation-AAF-10-oct-2019-FCD.pdf>.

Aussi, il convient d'analyser dans un premier temps, les modalités de reconnaissance constitutionnelle du droit à l'alimentation (I) et dans un second temps, l'effet de la constitutionnalisation du droit à l'alimentation en Afrique de l'Ouest (II).

### **I. Les modalités de reconnaissance constitutionnelle du droit à l'alimentation en Afrique de l'Ouest<sup>18</sup>**

Le droit à la nourriture étant fondamentalement un droit de subsistance, surtout utile pour les pauvres, sa reconnaissance dans une Constitution africaine résonne comme le plus haut témoignage de l'importance accordée par l'Etat au soutien exigible qu'il reconnaît devoir absolument apporter à sa population en cas de nécessité, compte tenu de l'insuffisance des ressources individuelles et de la réalité socio-économique du pays. Le droit à l'alimentation serait donc conçu comme une charge publique<sup>19</sup>.

Cependant, le recours à une charte « adossée à la Constitution » pour formaliser.

En tant que droit de l'homme, et dans un contexte international, les Etats ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour concrétiser progressivement le plein exercice du droit à l'alimentation. Les Etats parties doivent respecter, protéger et garantir sans aucune discrimination, et reconnaître l'importance de la coopération et de l'aide internationale<sup>20</sup>. En pratique, une Constitution a deux procédés pour reconnaître un tel droit, soit de façon explicite (A) ou implicite (B).

---

<sup>18</sup> Lien du droit à l'alimentation de la FAO sur le droit à l'alimentation dans les Constitutions nationales: [www.fao.org/docrep/W9990E/w9990e12.htm](http://www.fao.org/docrep/W9990E/w9990e12.htm)

<sup>19</sup> A. SOMA, *op. cit.*, p. 169.

<sup>20</sup> V. Manuels pratiques sur le droit à l'alimentation, *Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, FAO, 2004, p. 5.

### *A. La reconnaissance explicite*

Une reconnaissance explicite du droit à l'alimentation est un point de référence pour mesurer les actions du gouvernement. Elle évite aussi l'incertitude inhérente aux procédures judiciaires, présente des garanties contre la révocation de ce droit et fournit une base juridique transparente et solide pour l'adoption d'une loi spécifique, en garantissant ainsi le respect de ce droit dans le cadre d'autres lois sectorielles.

Dans cette étude, il s'agit pour un pays de l'Afrique de l'Ouest de considérer le droit à l'alimentation comme droit constitutionnel fondamental. Cette reconnaissance est soutenue par des principes directeurs pour assurer la souveraineté de l'approvisionnement alimentaire et par des investissements dans des secteurs prioritaires tels que l'agriculture, l'élevage, l'éducation et la santé<sup>21</sup>.

La reconnaissance directe du droit à l'alimentation dans les dispositions importantes de la Constitution a pour effet de garantir le droit en question dans tous les domaines de l'action publique, à condition que les fonctionnaires gouvernementaux et les tribunaux aient une connaissance approfondie des dispositions constitutionnelles et les appliquent dans l'exercice de leur fonction. La Constitution peut établir la possibilité de revendiquer le droit à l'alimentation à travers un processus judiciaire incluant la possibilité de recours individuels devant la Cour constitutionnelle.

Les Constitutions peuvent reconnaître explicitement le droit à l'alimentation pour toutes les personnes comme un droit de l'homme individuel (l'Etat plurinational de Bolivie, par exemple, tout comme la République de l'Equateur ou la République sud-africaine ont reconnu ce droit), mais également le reconnaître pour un secteur spécifique de la population (la République de Colombie, par exemple, reconnaît ce droit de façon spécifique pour les enfants).

---

<sup>21</sup> E. DE LOMA-OSSORIO, C. LAHOZ, L.-F. PORTILLO, *op. cit.*, p. 28.



Pour le cas spécifique de l'Afrique de l'Ouest, une telle reconnaissance est rare<sup>22</sup>, même si la société civile n'a cessé de clamer la nécessité. Toutefois, il faut rappeler avec rigueur l'avancée de la république du Niger pour avoir été le seul pays dans la région à reconnaître le droit à l'alimentation de telle manière.

« Chaque personne a droit à la vie, à la santé, à l'intégrité physique et morale, à un approvisionnement sain et suffisant en vivres, à l'eau potable, à l'éducation et à l'instruction dans les conditions prévues par la loi. L'État veille à la satisfaction des besoins et services essentiels à chaque individu, ainsi que le plein développement<sup>23</sup> ». De manière générale en effet, on attend de la Constitution, la disparition de l'arbitraire, la clarté des règles, la fixité des institutions<sup>24</sup>.

Un fait est marquant en ce moment, la vision sur les Constitutions a changé<sup>25</sup>, elles ne sont plus de simples textes. Pour le professeur

---

<sup>22</sup> Parlant de la situation générale des Constitutions africaines, le professeur KPODAR dit ceci : en Afrique, la Constitution est malade soit par son inapplication, soit par l'instrumentalisation résultant de son application. La doctrine a recensé et analysé l'ensemble des actes, comportements et stratégies qui sont mis en place afin de détourner la Constitution de son objectif premier. Dans ce domaine, le complot qui a été organisé pour la mise à mort du texte fondamental résulte des gouvernants et de l'armée. Alors que les premiers utilisent la force de la Constitution contre la Constitution elle-même (1), la seconde a plutôt recours à la force des armes (2).

<sup>23</sup> V. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/ne/ne005fr.pdf>.

<sup>24</sup> B. SALOMON, *Approche méthodologique du droit constitutionnel*, édition Harmattan, 2012, p. 57.

<sup>25</sup> Sur le constitutionnalisme en Afrique, V. A. Kpodar, Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone. Accessible sur [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/53814015/BILAN\\_SUR\\_UN\\_DEMI-SIECLE\\_DE\\_CONSTITUTIONNALISME\\_EN\\_AFRIQUE\\_NOIRE\\_FRANCOPHONE.pdf?1499679955=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DBILAN\\_SUR\\_UN\\_DEMI\\_SIECLE\\_DE\\_CONSTITUTION.pdf&Expires=1609767248&Signature=Z7w761qsWWk~szTFRM8QOR0zvD3Wpy-ZoRfOkONIN1caFfYHwKUjTyV2WHRfzXBZpC9KWXQFrXmgdsNtaKaEM7N5L1oW05k0Sgv1-R-71zp1hXyOdQ-fN2uFFMCg4H5UBqqOz3wLbZMypnUIWJHlpLZd-iAVHorZ3iBNBvg~uLD4488cVmiKtSVDZUwtHTfti82Qd~jNf5VsIgbjCLxwZc21lprNt27hkg7kYJmXf0-WLVa4h5-](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/53814015/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf?1499679955=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DBILAN_SUR_UN_DEMI_SIECLE_DE_CONSTITUTION.pdf&Expires=1609767248&Signature=Z7w761qsWWk~szTFRM8QOR0zvD3Wpy-ZoRfOkONIN1caFfYHwKUjTyV2WHRfzXBZpC9KWXQFrXmgdsNtaKaEM7N5L1oW05k0Sgv1-R-71zp1hXyOdQ-fN2uFFMCg4H5UBqqOz3wLbZMypnUIWJHlpLZd-iAVHorZ3iBNBvg~uLD4488cVmiKtSVDZUwtHTfti82Qd~jNf5VsIgbjCLxwZc21lprNt27hkg7kYJmXf0-WLVa4h5-)

Bourgi, : « Il est révolu le temps où les dirigeants ne tenaient aucun compte des aspirations de leurs peuples et considéraient comme des « chiffons de papier<sup>26</sup> » les Constitutions et les règles fondamentales qui y étaient énoncées<sup>27</sup> ». De façon générale, la question de la protection des droits de l'homme est au centre des débats politique et des contestations sociales partout en Afrique de l'Ouest.

Ce qui était impensable il y a seulement quelques années est devenu monnaie courante aujourd'hui. Les Constitutions sont désormais perçues pour ce qu'elles sont, pour ce qu'elles auraient toujours dû être : le fondement de toute activité étatique. C'est à partir des nouvelles règles qu'elles sont venues poser, et des compétences qu'elles ont fixées, que la vie politique s'ordonne et que les différents scrutins sont organisés<sup>28</sup>.

Depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle, cet intérêt s'est considérablement accru, car dans les États d'Afrique Noire d'expression française, le droit constitutionnel a connu de nombreuses évolutions et il mérite d'être qualifié désormais de vivant ; non seulement parce que les textes fondamentaux ont fait l'objet de modifications induites par l'expérience de leur application ou difficultés d'application, mais aussi et surtout parce qu'ils exercent désormais une influence décisive sur le fonctionnement du pouvoir politique.

C'est, sans doute, quelles qu'en soient les limites, une des caractéristiques du renouveau constitutionnel dans cette partie du

---

IFOWyTEzhzVpPRVuCSqGHZLnNa7yacqF4emmxoBaxCdwHZ-  
wLL7FbHEm~3vPLh8pOn411tJA3-  
xvFkCP8XTFGpalDdG3~u62t7Q\_\_&Key-Pair-  
Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

<sup>26</sup> Pour dire que la Constitution c'est « un esprit, un texte et une pratique ». Elle ne se résume pas seulement en l'existence d'un document proclamant des principes hautement importants en ce qui concerne la démocratie, mais aussi bien en son effectivité, en termes de ses fonctions.

<sup>27</sup> A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002/4, p. 725, accessible sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2002-4-page-721.html>

<sup>28</sup> *Ibidem*

continent<sup>29</sup>. De son côté, le professeur Kpodar rappelle ceci : « La Constitution elle-même étant la base de l'ordre juridique, le fondement de l'Etat, le principe où s'exprime juridiquement l'équilibre des forces à un moment donné, l'analyse de la science du droit constitutionnel ressort forcément teintée d'une idéologie constitutionnaliste ou se réduit à une politique constitutionnelle ; encore faut-il qu'il y ait une stabilité en matière constitutionnelle<sup>30</sup> ».

En 1987 déjà, Maurice Kamto observait à propos du constitutionnalisme africain que « l'Afrique est le continent des incertitudes et des espoirs perpétuellement déçus<sup>31</sup> ». Le doyen Louis Favoreu, à partir de l'exemple français, avait fort bien expliqué ce changement en des termes qu'il convient de reproduire intégralement, tant ils sont significatifs : « la constitutionnalité a remplacé la légalité dans au moins deux de ses fonctions essentielles : être la "source des sources" et le véhicule des valeurs... fondamentales. La loi, aujourd'hui, " n'est plus qu'une source parmi beaucoup d'autres "... c'est désormais la Constitution qui remplit ce rôle en répartissant les compétences normatives qui sont désormais exercées sous la surveillance du juge constitutionnel. (Dorénavant) c'est la constitutionnalité qui est considérée comme garante du contenu essentiel des droits fondamentaux et non la légalité. Ceci est évident dans les pays dotés d'une Constitution moderne dans laquelle sont inscrits, souvent de manière précise et détaillée, les libertés et droits fondamentaux appartenant aux générations successives dont le respect est confié au juge constitutionnel<sup>32</sup> ».

La Constitution se trouve heurter par la pratique politique dans tous les pays de l'Afrique de l'ouest comme précédemment annoncé.

---

<sup>29</sup> C.-K. TCHAPNGA, *L'émergence d'une entente conceptuelle en matière électorale entre les juridictions constitutionnelle et administrative au Cameroun, regard sur le droit public en Afrique*, L'Harmattan, 2016, p. 17

<sup>30</sup> A. KPODAR, *op. cit.*

<sup>31</sup> *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 491.

<sup>32</sup> V. L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 3, 1997, p. 6.

Le droit constitutionnel est devenu « un vrai droit », le juge constitutionnel « un vrai juge » et la science du droit constitutionnel « une vraie science ». La pratique politique, au contraire, est décisive en ce qui concerne l'exercice du pouvoir, et l'observation montre que la réalité ne correspond pas toujours, ni même souvent à l'optimisme des schémas constitutionnels. On imagine sans peine combien l'écart peut être considérable entre la réalité politique et la lettre constitutionnelle dans les pays dépourvus de tradition en ce domaine<sup>33</sup>.

L'incorporation de nombreux droits et libertés fondamentaux dans le dispositif constitutionnel, conséquence du triomphe de l'idéologie des droits de l'homme dans le contexte du libéralisme politique contemporain, est un fait marquant du constitutionnalisme africain de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>34</sup>. Malgré cet état de fait, le rôle historique du constitutionnalisme a certes été considérable d'autant plus qu'il contribue à freiner le pouvoir, mais il s'en faut de beaucoup qu'il constitue la limitation intangible qu'a une certaine époque, on avait cru y voir.

#### ***B. La reconnaissance implicite ou le possible recours au droit international***

Il est en effet apparu très clairement que les règles constitutionnelles étaient une chose et que la pratique en était une autre, qui pouvait être fort différente et allait rarement dans le sens d'une limitation des pouvoirs des gouvernants. C'est que la Constitution, comme indiqué, ne tranche véritablement que des principes et du problème, assez abstrait, de la source du pouvoir mais

---

<sup>33</sup> B. SALOMON, *op. cit.*, p. 58.

<sup>34</sup> Voir M. C. DJIENA WEMBOU, « Les normes internationales relatives aux droits de l'homme et leur application dans la législation interne des États africains : problèmes et perspectives », *Revue Africaine de Droit International et Comparé*, 1999, p. 51-66 et N. « Nouvelles Constitutions des États d'Afrique francophone », *Annuaire Africain de Droit International*, Volume 8, 2000, p. 223-263.

se borne en ce qui concerne son exercice, à tracer les perspectives d'avenir et à indiquer ce qui doit être.

En pratique, il serait illusoire de parler de droit de l'homme en omettant la Constitution. D'une certaine façon, les droits de l'homme internationalement reconnus perdent leur vocation juridico-philosophique et pratique première s'ils ne sont pas intégrés dans l'ordre constitutionnel de l'Etat qui s'est internationalement engagé à en assurer le respect. De la même manière, une Constitution étatique, qui ne consacrerait pas les droits fondamentaux de l'homme perdrait une grande part de son charisme mythique. La garantie des droits de l'homme est intrinsèquement inhérente à tout ordre constitutionnel dans le constitutionnalisme contemporain.

Selon le professeur Soma, très peu d'Etats africains (9/54) garantissent clairement constitutionnellement le droit à l'alimentation. Bien entendu, on ne saurait se fonder sur cette absence de mention claire du droit à la nourriture dans le texte constitutionnel d'un Etat pour dire que ce droit est inconnu de son ordre constitutionnel. Etant donné que, si l'on occulte le fait que le droit à l'alimentation pourrait être assuré par des conventions internationales ratifiées ou par d'autres actes de rang inférieur de l'Etat concerné. On peut parler de la théorie des droits en filigrane. Dans ce cas d'espèce, dans la mesure où le texte constitutionnel ne précise pas/peu le droit de l'homme à l'alimentation, le droit international peut être un recours pour évoquer ce droit.

Le droit international s'est particulièrement préoccupé des droits fondamentaux de la personne dans la foulée de la seconde guerre mondiale, notamment par l'adoption de la *charte internationale des droits de l'homme*. Celle-ci est un ensemble constitué de quatre instruments fondamentaux : la *déclaration universelle des droits de l'homme*, le *pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le *pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le

*protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>35</sup>.

La *déclaration universelle des droits de l'homme* adoptée en 1948 par l'Assemblée générale de l'ONU présente ces droits comme un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations. Cette déclaration ne contient aucune disposition concernant sa mise en œuvre sur le plan national ou le contrôle de son application. Elle a une valeur déclaratoire et promotionnelle certes, mais aucune force obligatoire.

Le *pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, aussi adopté en 1966 par l'ONU, reprend de façon plus détaillée les droits de nature sociale et économique que la *déclaration universelle des droits de l'homme* contient pour leur donner une force obligatoire. Ceux-ci sont énumérés dans une formulation un peu plus explicite. L'État adhérent à ce pacte ne s'engage toutefois pas à une obligation de résultat, mais plutôt, selon les termes mêmes de l'article 2, « à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationale, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ».

Il existe de nombreux pays ouest-africain dont la Constitution n'intègre pas l'alimentation ni la nutrition de façon spécifique, mais celle-ci garantit toutefois d'autres droits de l'homme dans lesquels le droit à l'alimentation est implicite, comme notamment le droit à un niveau de vie adéquat ou décent, le droit à un salaire minimum permettant de mener une vie compatible avec la dignité humaine, etc.

L'expérience vécue dans certains pays a démontré que la possibilité d'exiger des gouvernements la garantie de la réalisation de ce droit, en conformité avec les dispositions constitutionnelles reconnaissant d'autres droits, est bien réelle. Elle dépend toutefois de

---

<sup>35</sup> C. BRUNELLE, M. COUTU & G. TRUDEAU (2007). « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », *Les Cahiers de droit*, 48 (1-2), p. 15.

l'interprétation juridique de la Constitution et des droits qui y sont reconnus.

En somme, le droit interne a progressivement emprunté la voie ouverte par le droit international pour affermir, au moyen des diverses chartes et lois sur les droits de la personne, la protection des droits et libertés les plus fondamentaux de l'être humain. Nous allons voir maintenant que ce processus d'affirmation et de reconnaissance de la dignité humaine, par le recours au droit, a des effets structurants très importants sur le droit du travail contemporain<sup>36</sup>.

Dès le préambule de la Constitution du Niger, le pays proclame son attachement aux principes de la démocratie pluraliste et aux droits humains tels que définis par la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 et la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

Dans une large mesure, le droit à l'eau<sup>37</sup> est partie intégrante du droit à l'alimentation. Dans la législation de bon nombre de pays ouest-africain, l'accès à l'eau est un service public.

Les États ont également pour obligation de fournir graduellement des services d'accès à l'eau potable et des services d'assainissement adéquats, pour prévenir, traiter et contrôler les maladies d'origine hydrique. A titre d'exemple, l'article 44 du Code de l'eau du Mali<sup>38</sup> dispose : « La production, le transport et la distribution d'eau potable en vue de satisfaire les besoins du public constituent un service public. Ce service public est délégué à des exploitants dans le cadre de Délégation de Gestion de service public délivré dans les conditions prévues par la présente loi ».

---

<sup>36</sup> Sur cette question précise, voir, <http://www.upr-info.org/-Pays-.html>).

<sup>37</sup> Le droit à l'eau consiste en un approvisionnement suffisant, physiquement accessible et à un coût abordable, d'une eau salubre et de qualité acceptable pour les usages personnels et domestiques de chacun, article premier, point 11 de la charte de l'eau du Bassin du Niger.

<sup>38</sup> Loi n° 02- 006/ du 31 jan. 2002 portant Code de l'eau, *Journal officiel de la république du Mali*, spécial n° 8.

Ainsi, le législateur doit réguler la liberté inhérente à tous les services publics, allant de la mise en œuvre d'un régime de la concurrence économique et la libre entreprise, à travers la réglementation de ses problèmes de structure de taux ainsi que la façon de subventionner aux plus pauvres<sup>39</sup>. L'eau est considérée par beaucoup comme le symbole de la vie en raison de son importance fondamentale pour la survie et le bonheur humain. Cependant, l'histoire a montré que l'accès à une eau saine et propre a toujours été disproportionné entre les nantis et les démunis ; ce qui devrait être une denrée omniprésente, comme l'air, est rare, surtout dans les pays en développement où le niveau de vie est encore rampant dans la boue<sup>40</sup>.

Dans tous les Etats du Bassin du Niger (la majorité est située en Afrique de l'Ouest), la situation est de même, les populations souffrent à cause d'un service inadéquat de l'eau. On note d'ailleurs que « la recherche d'eau et le forage de puits pour fournir de l'eau pour la consommation humaine et animale ont constitué des activités importantes ces dernières années et sont indispensables à toutes les formes de production dans le Bassin ».

Il est désolant de rappeler que, tout comme le droit à l'alimentation, le droit à l'eau est expressément reconnu par les Constitutions respectives. Dans le Bassin, le fondement juridique d'un droit à l'eau réside dans la charte. Ici également, le possible recours au droit international est une variante. Les juridictions internationales, tout comme les mécanismes internationaux de contrôle, ont également leur part à jouer dans la reconnaissance et l'application du droit à l'eau. Tant la Commission africaine des droits de l'homme<sup>41</sup> que la

---

<sup>39</sup> G.-A. LOPEZ, *op. cit.*, p. 79.

<sup>40</sup> M. NIENTAO, *Le régime juridique du fleuve Niger*, thèse, Université de Séville, 2019, p. 333

<sup>41</sup> V. Commission africaine des droits de l'homme (Corn. ADH), Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Sudan, Communication 296/2005, ACHPR/LPROT/COMM/279/03 & 296/05/674.09, décision du 29 juill. 2009, para. 207-212.



Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>42</sup> ont été actives en ce domaine, soulignant diverses facettes de l'accès à l'eau<sup>43</sup>.

En écho, le droit à l'eau et à l'assainissement est encore rattaché au droit à un standard de vie minimum, énoncé à l'article 25 de la DUDH<sup>44</sup> et à l'article 11.1 du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels. Dans l'ordre interne, la plupart des Etats de l'Afrique de l'Ouest reconnaît clairement les actes corollaires au droit à l'alimentation/de l'eau à savoir le droit à la vie, à un cadre de vie sain et à un milieu de vie assaini. Mais, il revient de rappeler que ce droit reste à ce jour un discours laissé aux humanistes qu'une réalité. La reconnaissance du droit à l'alimentation point progressivement et met en éclairage dans son sillage des droits et obligations qui en découlent. Le droit international des droits de l'homme permet une clarification des responsabilités.

Sans grande surprise, ce manque d'autonomie restreint considérablement son opposabilité auprès des cours régionales de protection des droits de l'homme et des juridictions spécialisées en lien avec les Nations unies. Le droit à l'alimentation donne naissance à des obligations à effet immédiat ainsi qu'à des obligations de nature progressive dont la mise en œuvre peut s'échelonner dans le temps, selon les moyens et capacités disponibles. Ces Etats sont interpellés dans leur responsabilité de satisfaire à cet objectif, ils ont l'obligation

---

<sup>42</sup> V. Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH), *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 17 juin 2005, Ser. C, no. 125, 85-86, para. 167 ; Cour IDH, *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 29 mars 2006, Ser. C, no. 146, 83, para. 164; Cour IDH, *Xrikmok Krišek. Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 24 août 2010, Ser. C, no. 124, 44-45, para. 195.

<sup>43</sup> Voir à ce sujet, J. GRUEAU, *L'effectivité du droit à l'eau devant les juridictions régionales des droits de l'homme*, Académie de l'eau, juin 2011

<sup>44</sup> Aux termes de cette disposition : « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ». La liste pouvait être allongée, car l'eau potable fait partie de l'alimentation comme témoigne nos propres propos.

de respecter ce droit et de s'assurer que les entités non-étatiques soumises à leur juridiction ou sous leur contrôle le respectent. En raison de la chaîne alimentaire, plusieurs entités interviennent.

## **II. Les effets de la constitutionnalisation du droit à l'alimentation en Afrique de l'Ouest**

Les effets de la constitutionnalisation du droit à l'alimentation présentent un avantage double, d'une part, ils permettent de fonder la justiciabilité de ce droit (A) et de l'autre part, de préciser les voies de recours en cas de manquement à ce droit (B).

### **A. la justiciabilité<sup>45</sup> du droit à l'alimentation**

Evoquer un droit suppose normalement l'existence d'un devoir. Pour que l'on puisse évoquer le défaut/manque d'alimentation devant une instance juridictionnelle, il faut que le *corpus juris* de pays reconnaisse ce droit comme étant une obligation. Toutefois, si, cette reconnaissance n'est pas faite de la manière la plus claire et précise ça prête à l'ambiguïté, alors que la précision, la clarté forment les grandes qualités de la règle de droit.

La « justiciabilité » offre une conception large de l'action du juge par rapport à l'invocabilité simple telle qu'elle est entendue d'ordinaire : c'est non seulement la possibilité formelle pour un magistrat de connaître d'une réclamation concernant un droit et d'annuler l'acte par lequel l'État s'est exagérément immiscé dans les libertés individuelles, mais surtout il s'agit de la capacité intrinsèque de la règle d'être garantie et réalisée sur injonctions prétoriennes (Roman, 2012) : en droit international, c'est la concrétisation de ce que certains États, tels les États-Unis, ne considèrent pas comme du droit,

---

<sup>45</sup> Ce terme, d'un usage encore incertain, a une origine anglo-saxonne. Il désigne la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges. La justiciabilité des droits sociaux renvoie ainsi à une soumission potentielle à l'examen et au contrôle d'une juridiction. Si, pour les juristes, la justiciabilité renvoie à une procédure et l'exigibilité à la propriété d'un droit, elles renvoient également à la qualité d'une chose susceptible d'être réclamée que seuls certains contentieux peuvent garantir.

mais simplement comme des « objectifs ambitieux » et, surtout, comme non contraignants.

La justiciabilité tient du défi dès qu'on dépasse le stade des obligations négatives (qui exigent une abstention de l'État, concernant pour l'essentiel la première génération « classique » de droits de l'homme, que le défunt bloc socialiste appelait « libertés formelles ») et que l'on s'aventure sur le terrain des obligations positives (qui supposent une action de l'État, souvent le cas des droits de l'homme de seconde et de troisième génération, les « droits réels »). Le passage de cette épreuve juridictionnelle constitue la difficulté majeure à laquelle sont confrontés les droits économiques et sociaux, *a fortiori* le droit au développement<sup>46</sup>.

C'est tout le combat des défenseurs de ce droit fondamental. Dans cette étude, il faudra rappeler que nous faisons partie de l'école qui considère le droit à l'alimentation comme non seulement un droit fondamental mais aussi un droit social. Sur cette question voici ce qui dit le professeur Soma : nous sommes donc en total désaccord avec ceux qui pensent que « les droits sociaux ne se prêtent pas à un ancrage constitutionnel au titre des droits fondamentaux », conception qui n'est plus en adéquation avec les idées courantes de l'heure et les pratiques constitutionnelles de la majorité des États à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>47</sup> ».

Les Constitutions ouest-africaines dans leurs majorités abordent dans les mêmes sens, un titre spécial est chaque fois prévu pour les droit et libertés fondamentaux. Sur la question, droits sociaux, droits fondamentaux, trois positions doctrinales peuvent être distinguées. Selon un premier courant, classique, les droits sociaux ne sont pas des droits fondamentaux, mais des « normes programmatiques » dépourvues d'effet normatif contraignant.

---

<sup>46</sup> E. SERRURIER, « L'évolution du droit au développement devant les juridictions et quasi-juridictions régionales africaines », *Revue tiers-monde*, 2016, p.144, accessible sur <https://www.cairn.info/revue-tiers-monde-2016-3-page-173.htm>

<sup>47</sup> A. SOMA, *op. cit.*, p. 170.

Un deuxième courant soutient que seuls les droits sociaux qui assurent un « minimum existentiel », c'est-à-dire un « minimum nécessaire à la survie », tels que l'éducation primaire ou les services essentiels de santé, peuvent être considérés comme fondamentaux.

Un troisième courant estime que tous les droits sociaux sont, sans réserve, fondamentaux. Trois raisons peuvent être invoquées : un argument de texte là où la Constitution procède elle-même à la qualification, un argument historique lié à l'indissociabilité des luttes pour la reconnaissance des libertés individuelles et des droits sociaux, un argument axiologique selon lequel les droits sociaux concourent à la réalisation de l'égalité sociale et à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Toutefois, les droits civils et politiques échappent à cette minimisation juridique. A contrario des droits civils et politiques qui constitueraient de véritables droits subjectifs invocables en justice, les droits sociaux seraient « symboliques », « programmatiques » et « à faible potentiel juridique ».

En réalité, tous les droits, quels qu'ils soient, imposent aux États une triple obligation de respecter<sup>48</sup>, de protéger<sup>49</sup> et de réaliser<sup>50</sup>. Leur

---

<sup>48</sup> L'obligation de respecter les droits impose aux États une interdiction de porter atteinte aux droits des individus. Cette obligation interdit ainsi toute discrimination dans l'application des droits sociaux (notamment de sexe, de handicap ou d'extranéité de l'individu) tout comme elle entraîne une interdiction générale de porter atteinte activement aux droits énoncés dans les pactes internationaux. Mais ces obligations négatives ne suffisent pas à elles-mêmes pour assurer le respect des droits sociaux.

<sup>49</sup> L'obligation positive de protéger les bénéficiaires de ces droits contre toute violation perpétrée par des tiers, notamment grâce à l'édiction d'une législation protectrice et l'instauration de recours juridictionnels adéquats engendre, par exemple, l'obligation de protéger les personnes contre toute atteinte au droit à un logement suffisant perpétrée par des tiers, ou encore l'obligation de mise en place d'une législation protectrice en matière de travail des enfants ou de mutilations génitales...

<sup>50</sup> L'obligation de réaliser ces droits correspond à une obligation d'intervention de l'État. Loin de caractériser par nature la protection des droits sociaux, elle vaut aussi pour les droits civils et politiques, dont la réalisation peut avoir un coût pour les finances publiques. Elle constitue toutefois un aspect essentiel de la réalisation des droits sociaux.

justiciabilité est conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors cette loi qui permet de fonder les recours. Si cette reconnaissance est faite par la loi fondamentale, le pari est gagné. Selon Roberto Barbosa, « une Constitution n'énonce pas des conseils, des avis ou de simples recommandations, mais de vrais ordres dictés par le peuple<sup>51</sup> ».

Étudier le régime juridique des droits sociaux, revient à analyser les voies de droit permettant de garantir leur effectivité, parmi lesquelles leur justiciabilité. Les Constitutions ouest-africaines évoquent l'idée d'une république sociale<sup>52</sup>, de ce point de vue, on peut parler d'États sociaux. L'intégration des droits sociaux dans les textes constitutionnels institue un État social de droit dont il revient aux juges, et tout particulièrement aux juges constitutionnels, d'assurer la garantie au même titre que tout type de droits. Le concept d'État social de droit attend donc pour sa pleine réalisation l'engagement des juges, mais aussi celui de la pensée juridique.

Se dessine ainsi une nouvelle configuration du social, dans laquelle le juge est institué garant de l'effectivité des droits sociaux et le droit devient une arme. Le recours au droit, et à la rhétorique des droits de l'homme, devient un instrument privilégié des revendications sociales. L'appropriation de la thématique des droits sociaux comme instrument militant a différentes répercussions : le débat sur la justiciabilité des droits sociaux et économiques est désormais investi avec force<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Cité dans V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012 <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilite3a9-des-droits-sociaux-enamc3a9rique-du-sud3.pdf>

<sup>52</sup> Voir art. 25 de la Constitution du Mali, art. 1<sup>er</sup> de la Constitution sénégalaise, art. 3 de la Constitution du Niger, art. 30 de la Constitution Ivoirienne, art. 1<sup>er</sup> de la Constitution mauritanienne etc.

<sup>53</sup> D. ROMAN, « Droits des pauvres, pauvres droits ? » Les droits économiques et sociaux seraient-ils de pauvres droits ?, *La lettre de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale*, n° 4, mai 2011, p. 2.

En écho, pour le cas des enfants, *rationae materiae*, le juge de l'obligation alimentaire est un juge facilement identifiable : c'est le juge aux affaires familiales, juge du tribunal de grande instance ou des justices à compétence étendues, selon la géographie. Le caractère très général de sa compétence favorise probablement la justiciabilité du droit, dans la mesure où il évite que des incertitudes en la matière freinent le recours au juge<sup>54</sup>.

Il ne paraît pas raisonnable de prétendre ériger en modèle de justiciabilité des droits sociaux celle de la créance alimentaire due par les parents et alliés tant influe nécessairement sur la question la nature des débiteurs. Mais il serait inopportun, au nom de l'irréductibilité des situations, de négliger les leçons de l'expérience. Pour conférer au droit à des aliments une plus grande effectivité, le législateur et le juge ont pris acte que le besoin qui en conditionne l'existence en fait une créance incomparable qui appelle une justiciabilité selon des modalités spécifiques. Ces modalités de protection pourraient, autant que de raison, servir de base pour introduire ce droit dans le régime constitutionnel des Etats ouest-africain. La nécessité d'adopter des lois-cadres pour renforcer l'effectivité du droit à l'alimentation<sup>55</sup>, c'est-à-dire sa justiciabilité.

#### ***B. les voies de recours possible pour manquement à ce droit***

Pour une effectivité du droit à l'alimentation, il faudra propulser les voies de cours pour manquement à ce droit compte tenu de sa sacralité. Le droit à l'alimentation est une condition de la vie humaine et de sa protection, cette protection, dans tous les Etats concernés, a un fondement constitutionnel. Le massacre par la sous-alimentation et

---

<sup>54</sup> M. PICHARD, « Chapitre 3. La justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, p. 429, accessible sur <http://journals.openedition.org/revdh/155>

<sup>55</sup> L'expression loi-cadre désigne une technique législative employée pour traiter des questions transsectorielles et faciliter une approche cohérente, coordonnée et globale de ces questions. Elle énonce des principes et obligations généraux, mais s'en remet aux textes d'application et aux autorités compétentes pour définir les mesures spécifiques.

par la faim de millions d'êtres humains reste le principal scandale du début de ce troisième millénaire.

C'est une absurdité, une infamie qu'aucune raison ne saurait justifier ni aucune politique légitimer. Il s'agit d'un crime contre l'humanité indéfiniment répété. La faim est donc la principale cause de mort sur notre planète. Et cette faim est faite de main d'homme. Quiconque meurt de faim meurt assassiné. Les voies peuvent être individuelles ou collectives.

Dans la plupart des législations ouest-africaines, le droit de la famille accorde ce droit à certaines catégories dans certaines circonstances. En écho, il y a lieu de connaître les contours de l'obligation alimentaire en Afrique de l'Ouest. Il s'agit du droit des enfants à l'égard des parents et de la femme à l'égard de l'époux. Pour le cas des enfants, ils doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. Telle est la position des droits nationaux en Afrique de l'Ouest.

A lire les droits nationaux, les secours en cas de besoin sont à attendre non pas de la collectivité mais de la famille ou, plus précisément, des parents et alliés. Or, au premier abord, cette origine en principe familiale des aliments semble éloigner la question du thème des droits sociaux. On a en effet du mal à concevoir que l'obligation alimentaire entre parents et alliés puisse être un vecteur de la justice *sociale*. Parfois, l'effet pourrait même être contraire. Car il n'est certes pas rare que les parents et alliés du pauvre soient pauvres, les parents et alliés du riche, riches.

Dans le mariage, l'obligation alimentaire entre époux et des époux envers les enfants fait partie des charges du ménage et s'exécute comme une obligation d'entretien dans les conditions prévues par les lois nationales en la matière. A titre illustratif, l'article 155 du Code de la famille du Sénégal<sup>56</sup> dispose : « Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever et éduquer

---

<sup>56</sup>

V.  
<https://www.bing.com/search?q=code+de+la+famille+du+Niger+pdf&qs=n&form=QBRE&sp=-1&pq=code+de+la+famille+du+niger+pdf&sc=1-31&sk=&cvid=194C8F77266844D48CF01F4F89E1181C>.

leurs enfants ». Le code des personnes et de la famille du Mali de son côté dispose dans son article 318 que : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation d'assurer la direction morale et matérielle de la famille, de nourrir, entretenir, élever leurs enfants et préparer l'établissement de ceux-ci<sup>57</sup> ».

Le texte burkinabè va dans les mêmes sens : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants. Les modalités d'exécution de l'obligation d'entretien des enfants sont réglées par les articles 299 et 306<sup>58</sup> ». Dans les lois nationales, ce droit est également réservé à la femme mariée dans le cadre du mariage, c'est pourquoi la loi malienne précitée rappelle que « Les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage » (art. 319).

Il faut noter qu'à chaque fois qu'une obligation alimentaire existe, le recouvrement relève des services de l'Etat. Les administrations de l'Etat et des collectivités publiques, les organismes de sécurité sociale et les organismes qui assurent la gestion de prestations sociales sont tenus de réunir et de communiquer, en faisant toutes les diligences nécessaires, au mandataire de justice chargé par le créancier de former la demande en paiement direct, tous renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer permettant de déterminer l'adresse du débiteur de la pension alimentaire, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles.

Plus spécifiquement, dans le cadre du divorce, une obligation peut être prononcée contre une partie. Le divorce met fin au devoir de secours prévu par la loi portant sur la personne. Cependant une pension alimentaire peut être allouée à l'époux qui se trouve dans le

---

<sup>57</sup> V. loi n° 11-080/AN-RM portant code des personnes et de la famille. Accessible sur <http://www.sgg-mali.ml/codes/mali-code-2011-personnes-famille-2.pdf>.

<sup>58</sup> V. Code des personnes et de la famille du Burkina Faso, accessible sur [https://lavoixdujuristebf.files.wordpress.com/2013/08/le\\_code\\_des\\_personnes\\_et\\_de\\_la\\_famille.pdf](https://lavoixdujuristebf.files.wordpress.com/2013/08/le_code_des_personnes_et_de_la_famille.pdf).



besoin sans que celle-ci puisse excéder le quart des revenus de l'autre. Dans le mariage polygamique, il sera tenu compte du nombre d'épouses pour la fixation du montant de la pension alimentaire.

Dans le cas de divorce contentieux, la pension alimentaire prévue à l'article 399 du présent Code se substitue à l'obligation d'entretien. Elle prend effet à compter du jugement pour une durée de trois ans au maximum. A la mort de l'époux débiteur, la charge de la pension passe à ses héritiers. Elle cesse si le débiteur d'aliments établit qu'il n'a plus de ressources ou si le créancier d'aliments se remarie avant l'expiration de ce délai ou vit en état de concubinage notoire.

Parmi les causes de divorce, le texte malien (art 352) cite le défaut de nourriture, lorsque l'homme n'arrive plus à satisfaire les besoins alimentaires de la femme, ici, nous comprenons que le droit à l'alimentation est aussi une condition du mariage. Selon la même loi, l'obligation alimentaire est du lorsque l'épouse est placée dans le besoin du fait du divorce prononcé au tort du mari, elle a droit à une pension alimentaire sans préjudice des dommages-intérêts (art. 368). Tantôt, ce droit est assuré pour les personnes handicapées ou âgées, c'est pourquoi, dans l'encrage institutionnel de chacun de ces pays, on retrouve des structures dédiées à la cause de ces personnes vulnérables<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Prenons l'exemple sur le cas du Burkina Faso, La mise en œuvre des droits des personnes handicapées est assurée par l'Etat à travers deux départements ministériels, à savoir le ministère de la Promotion des droits humains et le ministère de l'Action sociale et de la Solidarité nationale. Ces départements, dispose de programmes opérationnels consacrés aux droits des personnes handicapées. L'Etat burkinabè a signé la convention relative aux droits des personnes handicapées. A très court terme, le processus de ratification sera achevé. D'ores et déjà, les mesures suivantes ont été prises : appui à la mobilité et à l'autonomie des personnes handicapées, renforcement des capacités opérationnelles des organisations de personnes handicapées. 4. Les droits des personnes âgées. Au-delà d'un certain nombre d'actions et de mesures prises en vue de porter assistance aux personnes âgées (dons, visites à domicile, organisation d'une journée des personnes âgées, etc.), il y a lieu de noter que l'environnement social et culturel est naturellement propice à assurer le bien-être et l'accompagnement à toute personne de cette catégorie. Sur la mise en œuvre des droits de l'homme au Burkina de façon générale,

La question fondamentale, qu'il y a lieu de se poser résulte du cas de l'Etat qui est le sujet principal ; il est tenu du bien-être de tous ses citoyens. Toutefois il faut se demander si l'on peut intenter une action en justice contre un Etat pour le défaut/manque d'alimentation. La question est difficile à répondre, puisqu'elle dépend également de la capacité de l'Etat à fournir ce service. Tantôt, on est en face d'une obligation de moyens tantôt de résultats.

Sur le plan plus global, il est intéressant de soumettre la question à la compétence de la Cour internationale de justice pour avoir son avis consultatif. Tenue de respecter et de faire respecter son statut d'organe judiciaire principal des Nations unies, la Cour suit dans l'examen d'une demande d'avis consultatif une démarche en deux temps ; elle doit d'abord procéder à l'établissement de sa compétence au regard des conditions fixées par l'article 96 de la charte, puis rechercher si des raisons décisives doivent l'amener à ne pas exercer l'habilitation que contient l'article 65 § 1 de son statut « La Cour peut donner un avis consultatif<sup>60</sup> (...) ».

Parmi les conditions d'admissibilité d'une demande d'avis consultatif, la première la qualité de son auteur ne soulevait aucune difficulté ; il suffit que l'organe ou l'institution dont émane la demande y soit autorisée. Plus problématique se présentait la deuxième condition, à savoir que la question soumise soit une question juridique, il n'est pas question de dire que la question alimentaire est politique comme tel fut le cas de l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 49/75 porté par l'OMS. Dans ce cas d'espèces, la formulation même de la question de l'Assemblée

---

voir Rapport national présenté conformément au paragraphe 15A) de l'annexe à la résolution 5/1 du Conseil des droits de l'homme, accessible sur [https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session3/BF/A\\_HRC\\_WG6\\_3\\_BFA\\_1\\_BurkinaFaso\\_F.pdf](https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session3/BF/A_HRC_WG6_3_BFA_1_BurkinaFaso_F.pdf)

<sup>60</sup> Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », in *Annuaire français de droit international*, volume 42, 1996, p. 338, accessible sur [https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi\\_0066-3085\\_1996\\_num\\_42\\_1\\_3841.pdf](https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_1996_num_42_1_3841.pdf).

générale visant à obtenir une condamnation de la possession d'armes nucléaires, alimentaient l'impression que les questions étaient posées dans un but politique et non pour résoudre une question juridique nouvellement apparue.

Pour le cas ouest-africain, la demande peut être faite par la CEDEAO ou n'importe quel Etat désiré de savoir la possibilité d'une telle hypothèse. Pour autant, pour ce qui concerne les organisations internationales, elles doivent faire de telle sorte que la question relève de leurs spécialités, pour ne pas se voir refuser comme fut le cas de l'OMS. Rappelant le principe de spécialité qui encadre les activités de toute organisation internationale -principe qui habilite l'OMS à connaître des causes de la dégradation de la santé et à combattre leurs effets négatifs mais indépendamment de leur licéité—, la Cour estime que statutairement l'OMS n'a donc aucune compétence pour débattre de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires, en droit international en général ou au regard de sa propre Constitution ; et la lui reconnaître à titre de compétence implicite reviendrait à nier le principe de spécialité. La question posée par l'Assemblée mondiale de la santé n'entrant pas dans le champ des activités de l'Organisation, la Cour n'est pas compétente pour en connaître<sup>61</sup>.

Passons en revue le contentieux de la violation des droits de l'homme<sup>62</sup> devant la Cour de justice de la CEDEAO<sup>63</sup>. Aux termes de l'article 10 du protocole A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005, peut saisir la Cour « toute personne victime de violations des droits de l'homme ». Il ne fait pas de doute qu'il peut s'agir d'une personne physique. La

---

<sup>61</sup> *Ibidem*

<sup>62</sup> Ces développements sont tirés de l'ouvrage du professeur Aliou SALL, *le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la cour de justice de la CEDEAO*, édition L'harmattan, 2019.

<sup>63</sup> Selon encore l'article 33 du règlement de la Cour, doivent figurer sur la requête « les noms et domicile du requérant, la désignation de la partie contre laquelle la requête est formée, l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués, les conclusions du requérant, les offres de preuve s'il y a lieu ».

jurisprudence actuelle<sup>64</sup> de la Cour permet de confirmer cet état de fait. Pendant longtemps, pour établir sa compétence, la Cour a recouru à cette clause de style, suivant laquelle il suffisait simplement, pour le requérant, d'alléguer la violation de droits de l'homme dans l'État défendeur.

On peut le dire autrement : la compétence de la Cour en matière de violation de droits de l'homme est simplement « générale », c'est une compétence de principe ou a priori, elle peut ne pas être acquise dans certains cas. La fonction de la formule apparaît ainsi au grand jour, elle jouerait à la manière d'une dispense à l'adresse du requérant et pourrait être exprimée ainsi : pour saisir la Cour, nul besoin que celui-ci aille au-delà de l'allégation de violation des droits de l'homme. La Cour s'« emparera » alors du cas, mais l'automatisme de cette « saisine » ne remet en cause ni la possibilité pour la Cour de se déclarer plus tard incompétente, ni, sur le fond cette fois, le débouté d'un requérant n'ayant pu rapporter la preuve des violations alléguées par exemple.

La Cour de la CEDEAO, à notre sens est un véritable moyen de protection des droits de l'homme particulièrement le droit à l'alimentation, la juridiction pour être efficace s'est ouverte aux particulières. Si la Cour de justice de la CEDEAO demeure une juridiction des droits de l'homme quelque peu particulière, c'est sans doute eu égard au fait qu'elle a ouvert son prétoire aux individus, et n'a d'autre part pas soumis sa juridiction à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Tel n'était pas le cas à l'origine, dans le protocole de 1991 qui est le premier texte portant sur son organisation et son fonctionnement. L'article 9 § 3 dudit protocole, restant dans le sillage du droit international classique, n'entrevoit en effet la présence de l'individu sur la scène judiciaire internationale que par le truchement de son État.

Aux termes de son article 10 portant sur la saisine de la Cour, « peuvent saisir la Cour (...) d) toute personne victime de violations des

---

<sup>64</sup> V. l'arrêt du 17 décembre 2009, « Coordination Nationale des délégués départementaux de la filière café cacao » (CNDD) contre République de Côte d'Ivoire » (ECW/CCJ/JUD/05/09), affaire « Tidjani contre État du Niger,

droits de l'homme ; la demande soumise à cet effet : i) ne sera pas anonyme ; ii) ne sera pas portée devant la Cour de justice de la Communauté lorsqu'elle a déjà été portée devant une autre Cour internationale compétente ».

L'accès à la Cour de la personne physique victime de violations de droits de l'homme ne se pose donc plus. Mieux, c'est cette procédure qui constitue aujourd'hui la voie la plus répandue de saisine de la Cour, la plus importante au point de vue quantitatif. Pour une application plus pratique de la constitutionnalisation du droit à l'alimentation, il faut nouer un dialogue intense entre juges constitutionnels et juges communautaires.

Une autre opportunité de dialogue manquée est celle qui aurait pu se dérouler avec les juges constitutionnels des États membres. C'est alors le juge de la CEDEAO comme juge des droits de l'homme qui est concerné. On sait, au demeurant, que depuis 2005, date de naissance de ce titre de compétence, la Cour n'est saisie, pour l'essentiel, que de ce chef. Or, il existe dans les États membres un autre juge, au moins virtuel, des droits de l'homme. Il s'agit du juge constitutionnel, interprète et gardien de la Constitution, norme fondamentale qui recèle souvent des déclarations de droits. Mieux, l'occasion d'un dialogue est ici fournie par cet instrument juridique attractif qu'est la charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Ce traité est très fréquemment invoqué par les requérants devant la Cour de justice de la CEDEAO, et il est par ailleurs « constitutionnalisé » dans la quasi-totalité des États membres<sup>65</sup>.

Toutefois, la Cour de la CEDEAO demeure une juridiction vouée à la cause des droits de l'homme, aussitôt, il convient de lui doter de nouvelles institutions et de nouveaux moyens pour, par exemple, mener des enquêtes - y compris, bien évidemment, des investigations sur le terrain -, une accusation à organiser et à étayer, des moyens pour l'exécution des peines etc. A elles seules, ces tâches suffisent à occuper entièrement une juridiction. S'il faut y ajouter la fonction actuelle, déjà suffisamment redoutable parce qu'elle revient à se faire

---

<sup>65</sup> Ainsi, la charte est évoquée dans le préambule constitutionnel des États suivants : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée, Niger, Sénégal, Togo.

juge de l'exécution de l'ensemble des conventions pertinentes liant les Etats en matière de droits de l'homme, on peut légitimement s'interroger sur la faisabilité du projet.

Au regard de ces considérations, la garantie du droit à l'alimentation par les Constitutions nationales des Etats africains revêt une importance de premier ordre et détermine l'étendue juridique de la faculté de pouvoir revendiquer la jouissance du droit à l'alimentation dans chaque pays d'Afrique. Cependant, tous ces pays dépendent de l'aide publique au développement, ici, on parle d'aide alimentaire. Au Mali, où crise sécuritaire, crise politique et crise alimentaire sonnent au même moment, pour venir en aide aux populations dans le besoin, l'Etat et ses partenaires techniques et financiers (PTF) avaient préconisé un programme d'achat de 56 000 tonnes de céréales. Ce programme n'a pas été exécuté à souhait à cause des contraintes administratives et financières. Les fournisseurs habituels qui avaient constitué de grands stocks pour répondre à ces demandes ont eu des difficultés pour les écouler surtout durant les six premiers mois de la campagne de commercialisation 2019/20<sup>66</sup>. La poursuite des perturbations sécuritaires, notamment dans le nord et le centre du pays, l'avènement du COVID-19 en mars 2020 et ses mesures barrières ont impacté négativement le fonctionnement des marchés aussi bien à l'intérieur qu'avec les pays voisins. A ces deux facteurs, s'est ajoutée l'apparition des agitations politiques issues des élections législatives d'avril 2020. Cette crise politique a abouti au coup d'état militaire du mardi 18 août 2020. Ce dernier acte a conduit à la fermeture des frontières à la suite des sanctions<sup>67</sup> de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest

---

<sup>66</sup> Rapport de suivi agro-hydro-météorologique de la campagne agricole 2020-2021, Agence nationale de la météorologie du Mali, p. 35.

<sup>67</sup> Les sanctions de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) portaient sur la fermeture des frontières des autres pays membres avec le Mali et la suspension des liens commerciaux et financiers. Seuls n'étaient pas concernés les produits pétroliers, pharmaceutiques et alimentaires. Elles devaient être levées avec l'investiture d'un président et d'un premier ministre civil et la libération des personnalités civiles et militaires de l'ancien régime arrêtées.

(CEDEAO). La succession de tous ces facteurs n'a fait qu'amplifier les perturbations sur le fonctionnement des circuits de commercialisation.

La combinaison des effets de ces différents facteurs a contribué à la hausse des besoins d'assistance humanitaire, qui ont favorisé la relance des achats institutionnels à partir de mai 2020 ; ce qui est en dehors du calendrier habituel des achats. De plus, pour permettre aux marchés de répondre efficacement aux besoins internes des populations dans le contexte du COVID-19, l'Etat a accordé des facilités fiscales d'importation de riz et de rééchelonnement des taxes/impôts. Compte tenu de l'urgence des interventions, l'Etat a réalisé simultanément les achats institutionnels et les assistances alimentaires aux personnes affectées par le COVID-19 et par l'insécurité alimentaire.

L'assouplissement des restrictions liées au COVID-19 et la levée des sanctions de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) le 5 octobre 2020 ont permis d'améliorer les flux commerciaux sans atteindre le niveau normal.

\*

\*\*

Nous pouvons recommander l'adoption d'une charte africaine contre la faim sous la forme d'un traité international qui cristalliserait en droit positif cette méthode et nous avons suggéré les aspects fondamentaux de son régime juridique. Il faut suggérer qu'une mise en œuvre satisfaisante du droit à l'alimentation tient à l'instauration de certaines conditions, notamment la justice sociale, la stabilité politique, l'adaptation des régimes fonciers et des systèmes de distribution, nous avons proposé des mesures concrètes, non seulement à ces derniers égards, mais aussi tendant à la création de mécanismes de promotion, comme la nomination d'un rapporteur spécial continental sur le droit à l'alimentation, etc.

Il est important d'instituer un mécanisme de suivi du droit à l'alimentation, toutefois, réaliser le suivi du droit à l'alimentation au sein d'un pays implique une systématisation périodique d'analyse,

d'interprétation et de diffusion de l'information pertinente, pour permettre d'évaluer la concrétisation de ce droit pour tous les membres de la société civile, en veillant à la conformité de ce résultat vis-à-vis des principes et de l'approche des droits de l'homme<sup>68</sup>.

Tout de même, il est crucial de rappeler que le droit à l'information est aussi une condition de la réalisation du droit à l'alimentation. Le processus de cette information a quatre phases, la collecte, la gestion, l'analyse, l'interprétation et de la diffusion. En sommes, il faut se garder à l'esprit que, ce mande de constitutionnalisation relève de la pire pusillanimité des Etats ouest-africains. L'accès à la terre est une condition *sine qua non* de réaliser le droit à une alimentation adéquate, ceci dit, la question foncière en Afrique dépasse la seule vision de la propriété, elle fait partie de la vie.

Dans la culture africaine, en effet, la terre constitue le ciment de la spiritualité des peuples. Elle est le gage de leur existence. Elle fait partie du patrimoine inaccessibles et inaliénables des communautés. Elle est intrinsèquement liée à leurs modes de vie, à leurs pratiques séculaires et à leur histoire. Elle porte en elle la promesse de leur avenir<sup>69</sup>. Ainsi, la terre ne se vend pas. La terre est sacrée.

Les représentations multidimensionnelles que les sociétés traditionnelles se font de la terre ont conduit à une certaine sublimation de ce bien précieux. La terre, et la nature elle-même, sont restées depuis la nuit des temps, l'objet de tous les soins possibles

---

<sup>68</sup> V. Manuels pratiques sur le droit à l'alimentation, *Aspect généraux des méthodes pour le droit à l'alimentation*, FAO, 2004, p. 6. Ce mécanisme est notamment rappelé par l'observation générale n° 12 de l'ECOSOC en ces termes : les Etats parties doivent mettre en place et faire fonctionner des mécanismes permettant de suivre les progrès accomplis dans la voie de la réalisation du droit de tous à une nourriture suffisante, de cerner les facteurs et les difficultés faisant obstacle à l'exécution de leurs obligations et de faciliter l'adoption de mesures correctrices d'ordre législatif et administratif, notamment de mesures pour s'acquitter des obligations que leur imposent le paragraphe 1 de l'article 2 et l'article 23 du pacte.

<sup>69</sup> Synthèse des résultats de recherche participative sur les acquisitions massives de terres en Afrique de l'Ouest et leur impact sur l'agriculture familiale et la sécurité alimentaire des populations locales : *Touche pas à ma terre, c'est ma vie*, p. 5, 2015, accessible sur [www.inadesfo.org](http://www.inadesfo.org).



pour le bonheur de ces sociétés. Elles ont d'ailleurs développé une somme incommensurable de savoirs et de savoir-faire reconnus aujourd'hui par la communauté scientifique<sup>70</sup>.

La recherche a permis de comprendre que la réussite d'une réforme, quelles que soient les bonnes intentions qui la guident, ne peut être assurée que lorsqu'elle est comprise et acceptée par les acteurs sociaux. Ainsi se trouve confirmée la réserve de Portalis rapportée par Rouland : « Le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une législation nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir<sup>71</sup> ».

Le droit à l'alimentation ne peut être effectif sans la garantie de l'accès des terres agricoles. Composante cruciale de la production alimentaire, la jouissance du droit d'accès à la terre a une incidence directe sur la subsistance et la sécurité alimentaires des populations. Aussi, si un Etat veut garantir le droit à l'alimentation à ces groupes de population particulièrement exposés à la faim, le respect, la protection et la promotion de leur accès suffisant et sécurisé à la terre demeurent impératifs.

Il faut pouvoir surmonter l'émotion et l'indignation éprouvées, pour s'interroger sur les causes de ce paradoxe dramatique, quand on sait que les ressources planétaires actuelles permettraient de nourrir adéquatement le double de la population mondiale. Le pacte I de 1966, quant à lui, ne fait place qu'aux DESC, dont il faut se rappeler que le droit à l'alimentation fait partie. En ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, les DESC sont les parents pauvres des droits de l'homme, des droits qui ne sont que très imparfaitement et variablement satisfaits, et qui ne

---

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> M. DJIRE, *Un peuple - Un but - Une foi ...* Mais plusieurs droits? Itinéraire d'une recherche sur les dynamiques locales et la sécurisation foncière dans le contexte de la décentralisation à Sanankoroba.

pourraient effectivement être garantis que par la réalisation de structures politico-économico-sociales et la définition de critères juridiques adéquats.

Au surplus, la sécurité alimentaire se conçoit par excellence dans un cadre géographico-démographique relativement étendu ou dans le cadre d'un groupe de personnes, c'est-à-dire collectivement : « tous les êtres humains » dans un continent, une région, un Etat ou une famille méritent d'être ensemble dans la sécurité alimentaire.

Au contraire, le droit à l'alimentation s'attache en priorité à l'individu : « chaque homme, chaque femme et chaque enfant » est titulaire du droit à la nourriture. Par conséquent, le droit à l'alimentation apparaît comme l'aspect juridique et individualisé de la sécurité alimentaire.

Le droit à l'alimentation doit être la ligne directrice première de l'action de tout gouvernement soucieux du minimum vital de ses sujets et de ses peuples.

Au final, la norme constitutionnelle devient le lieu de la conciliation de principes foncièrement contradictoires que le juge suprême, avec l'habileté d'un tisserand qu'on lui connaît, doit raccommoder, mettre à la partie consacrée au juge constitutionnel.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages et articles

- SALL Aliou, *le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la cour de justice de la CEDEAO*, édition L'harmattan, 2019.
- BRUNELLE, C., COUTU, M. & TRUDEAU, G. (2007). « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme ». *Les Cahiers de droit*, 48.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique du sud », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012.
- COLLART DUTILLEUL, F., *Le droit à l'alimentation à la lumière de son histoire*, intervention orale à l'Académie d'agriculture de France.
- COUSSIRAT-COUSTERE Vincent. « Armes nucléaires et droit international. A propos des avis consultatifs du 8 juillet 1996 de la Cour internationale de Justice », in: *Annuaire français de droit international*, volume 42, 1996.
- DE LOMA-OSSORIO E., LAHOZ C., PORTILLO L.-F., *Évaluation sur le droit à l'alimentation dans la région de la CEDEAO*, Institut d'études de la faim, Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture Rome, 2014.
- DJIRE M., *Un peuple - Un but – Une foi... Mais plusieurs droits? Itinéraire d'une recherche sur les dynamiques locales et la sécurisation foncière dans le contexte de la décentralisation à Sanankoroba*.
- GOLAY C., *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Ed. Bruylant.
- GRUEAU J., *L'effectivité du droit à l'eau devant les juridictions régionales des droits de l'homme*, Académie de l'eau, juin 2011.
- HAGUENAU-MOIZARD C., *Introduction au droit comparé*, édition, Dalloz, 2008.
- KAMTO M., *Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 491.
- KPODAR A., *Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone*.

- LOPEZ DAZ G.-A., « *Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne* », *Opinión Jurídica*, Vol. 14, n° 27, 2005.
- FAVOREU L., « *Légalité et constitutionnalité* », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 3, 1997, p. 6.
- DJIENA WEMBOU M.C., « *Les normes internationales relatives aux droits de l'homme et leur application dans la législation interne des États africains : problèmes et perspectives* », *Revue Africaine de Droit International et Comparé*, 1999, p. 51-66 et N. « *Nouvelles Constitutions des États d'Afrique francophone* », *Annuaire Africain de Droit International*, Volume 8, 2000.
- NIENAO M., *Le régime juridique du fleuve Niger*, thèse, Université de Séville, 2019.
- JANIN Pierre, Charles-Edouard de SUREMAIN. « *L'insécurité alimentaire : dimensions, contextes et enjeux* ». CAMBREZY L. (dir.), -
- PETIT V. (dir.). *Population, mondialisation et développement : la fin des certitudes ?*, La Documentation française, p. 147-167, 2012, p. 2.
- ROMAN D., « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » Les droits économiques et sociaux seraient-ils de pauvres droits ?, *La lettre de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale*, n° 4, mai 2011.
- SALOMON B., *Approche méthodologique du droit constitutionnel*, édition Harmattan, 2012.
- SOMA A., *Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique*. Genève, Zurich, Bâle : Schulthess, p. 17.
- TCHAPNGA C.-K., *L'émergence d'une entente conceptuelle en matière électorale entre les juridictions constitutionnelle et administrative au Cameroun, regard sur le droit public en Afrique*, L'Harmattan, 2016.

### **Rapport d'études**

- L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde. Combattre l'insécurité alimentaire lors des crises prolongées*, FAO, Rome, 2010.
- L'État de la sécurité alimentaire et de la nutrition dans le monde 2020. Transformer les systèmes alimentaires pour une alimentation saine et abordable*. FAO, FIDA, OMS, PAM et UNICEF. 2020, Rome, FAO.

-Observation générale n° 12 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à une nourriture suffisante » (article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 20<sup>ème</sup> session, 12 mai 1999, Doc. E/C.12/1999/5.

-Manuels pratiques sur le droit à l'alimentation, *Le droit à l'alimentation dans le cadre international des droits de l'homme et dans les Constitutions*, FAO, 2004.

-Manuels pratiques sur le droit à l'alimentation, *Aspect généraux des méthodes pour le droit à l'alimentation*, FAO, 2004.

**Jurisprudences :**

-Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 17 juin 2005, Ser. C, no. 125, 85-86, para. 167 ; Cour IDH, *Sawhoyamaya Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 29 mars 2006, Ser. C, no. 146, 83, para. 164; Cour IDH, *Xrikmok Krisek. Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 24 août 2010, Ser. C, no. 124, 44-45, para. 195.

-Arrêt du 17 décembre 2009, « Coordination Nationale des délégués départementaux de la filière café cacao » (CNDD) contre République de Côte d'Ivoire » (ECW/CCJ/JUD/05/09), affaire « Tidjani contre État du Niger.



## L'EVOLUTION DE L'OFFICE DU JUGE ADMINISTRATIF EN AFRIQUE DE L'OUEST

**Dr SANGARE Moussa Moise,**  
**enseignant-chercheur, Université des sciences**  
**juridiques et politiques de Bamako (USJPB)**

**Résumé :** *Dans cette réflexion sur l'évolution de l'office du juge administratif, nous avons analysé la contribution du législateur malien, sénégalais et burkinabè au renforcement des compétences du juge administratif dans le contentieux administratif. Mais, le constat révèle que le juge administratif dans ces pays fait plus d'application des textes juridiques que d'interprétation en créant du droit. Or, le même constat révèle que le législateur a été toujours à l'origine de l'encadrement des compétences du juge administratif dans ces pays. Et ses compétences ont évolué depuis 1994 à travers les lois portant organisation et le fonctionnement des juridictions administratives. Ainsi, on a posé la question suivante : quelle est l'évolution de l'office du juge administratif malien, sénégalais et burkinabè ? L'office du juge administratif dans ces pays a évolué depuis 1994 jusqu'à nos jours. On peut le constater dans le déroulement des procès et dans les procédures d'urgences. C'est pourquoi, nous avons analysé dans une première partie l'évolution de l'office du juge administratif dans le déroulement du procès et dans une deuxième partie l'évolution dans les procédures d'urgences.*

**Mots clés :** *évolution- office-juge administratif*

**Abstract :** *In this reflection on the evolution of the office of the administrative judge, we have analyzed the contribution of the Malian, Senegalese and Burkinabè legislators to the strengthening of the skills of the administrative judge in administrative litigation. But, the observation reveals that the administrative judge in these countries does more application*

*of legal texts than interpretation by creating law. However, the same observation reveals that the legislator has always been at the origin of the framework for the powers of the administrative judge in these countries. And its powers have evolved since 1994 through the laws on the organization and operation of administrative courts. Thus, we asked the following question: what is the evolution of the office of the Malian, Senegalese and Burkinabè administrative judge? The office of the administrative judge in these countries has evolved since 1994 to the present day. This can be seen in the course of trials and in emergency procedures. This is why, we analyzed in a first part the evolution of the office of the administrative judge in the course of the trial and in a second part the evolution in the emergency procedures.*

**Keywords:** *evolution- office-administrative judge*

Parler du juge administratif en Afrique revient à analyser ses compétences ou ses fonctions en général et en particulier celui du Mali, du Sénégal et du Burkina Faso dans les contentieux. Considérant le contentieux administratif du point de vue de la nature et de l'étendue des pouvoirs du juge. Laferrière a distingué quatre branches de contentieux<sup>1</sup> : le contentieux de pleine juridiction (ou plein contentieux) ; dans lequel le juge peut prononcer non seulement des annulations mais aussi des condamnations pécuniaires, notamment en vue de la réparation de préjudices.<sup>2</sup> Appartiennent à ce contentieux, les recours en matière de responsabilité, de contrat, en matière fiscale, électorale, d'édifices menaçant ruine, d'établissements dangereux, insalubres ou incommodes.<sup>3</sup>

Il y a le contentieux de l'annulation qui est le domaine du recours pour excès de pouvoir, destiné à obtenir l'annulation des décisions

---

<sup>1</sup> Voir Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Dalloz, 21<sup>e</sup> édition, 2015, p. 36.

<sup>2</sup> E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Tome deuxième, 1989, p. 128.

<sup>3</sup> G. PEISER, *Contentieux administratif*, Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, 1999, p. 152.



illégales.<sup>4</sup> Par exemple, l'arrêt du 14 janvier 2016 de la Cour suprême du Mali en matière de recours pour excès de pouvoir, contre le jugement n° 157 du 5 mai 2015 en est une illustration. Par acte au greffe du Tribunal administratif de Bamako en date de 4 mai 2015, Me Bouréma Coulibaly, avocat à la Cour, agissant au nom et pour le compte de la liste de candidature « A »(IF) représentée par Issa Diawara, a déclaré interjeter appel contre le jugement n° 157 rendu le 5 mai 2015 par le Tribunal administratif de Bamako dans une procédure aux fins d'annulation de l'élection de l'assemblée consulaire et du bureau du conseil malien des transporteurs routiers du cercle de Sikasso.<sup>5</sup> La Cour reçoit l'appel et infirme le jugement n° 157 du Tribunal administratif.

On peut ajouter le contentieux de l'interprétation : le juge saisi d'un recours en interprétation ou d'un recours en appréciation de légalité ne fait que déclarer ce qu'est le sens d'un acte administratif obscur ou s'il est entaché d'illégalité. Enfin, il y a le contentieux de la répression, qui, selon Laferrière, correspond à la répression par le prononcé d'amendes, des contraventions de grande voirie (atteintes à l'intégrité matérielle ou à l'affectation de dépendance du domaine public).<sup>6</sup> Mais ce type de contentieux n'est pas développé au Mali.

On comprend par-là que le contentieux administratif apparaît alors comme constitué par les discussions: les litiges, suscités par les actes et activités des organes et agents administratifs.<sup>7</sup> Dans le langage juridique, le contentieux est plus précisément constitué par les actions et recours devant les tribunaux et les cours. Mais dans la pratique du contentieux au Sénégal il n'existe pas de Cour administrative d'appel contrairement au Burkina Faso, elle fonctionne dans ce pays. Et au

---

<sup>4</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 1993, p. 623.

<sup>5</sup> CS-Mali, arrêt n° 002 du 14 janvier 2016.

<sup>6</sup> *Idem.* Voir aussi R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> édition, 1991, p. 165.

<sup>7</sup> B. PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, 2006, Paris, p. 15.

Mali la réforme sur l'organisation judiciaire de 2011 a instauré la Cour administrative d'appel mais elle ne fonctionne pas jusqu'à nos jours.<sup>8</sup>

Le contentieux s'identifie alors aux procès administratifs, à leur régime et formes, donc à la justice administrative qui en assure le règlement.<sup>9</sup> Naturellement, cette soumission de l'action administrative à un juge ne saurait étonner dans un Etat démocratique et libéral ; c'est l'inverse qui va détonner. Des formes et caractères concrets du contentieux administratif, donc de cette justice administrative entendue au sens le plus concret dépend la qualité de la vie administrative. C'est dire que ce contentieux est une pièce maîtresse de notre architecture juridique et sociale. Il ne suffit pas d'avoir des droits, il faut plus encore pouvoir et aussi savoir les défendre.<sup>10</sup>

Il est à constater que le contentieux administratif embrasse un champ de contestations plus large que celles intéressant la seule procédure administrative juridictionnelle. De nombreux auteurs proposent des règles de procédure contentieuse écrite, inquisitoire, secrète, dépourvue d'effet suspensif, collégialité des juridictions, impartialité, égalité des armes, publicité auxquelles viennent s'ajouter loyauté, dialogue et célérité.<sup>11</sup>

La réclamation peut être également portée devant une autorité administrative.<sup>12</sup> Il est important d'évoquer préalablement l'action administrative qui peut se définir comme l'ensemble des activités prises directement en charge par les personnes publiques (Etat, régions, départements, communes, établissements publics, groupement d'intérêt public) ou assurées, sous leur contrôle, par des personnes privées et ayant pour but la satisfaction de l'intérêt général

---

<sup>8</sup> Art. 2 de la loi n° 2011-038 du 15 juillet 2011 portant création de juridictions.

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> A. MAURIN, *Droit administratif*, édition Dalloz, Aide-Mémoire, 2018, p. 201.

<sup>12</sup> P. CAILLE, *Contentieux administratif*, Première Partie, Titre I, Chapitre I, L'organisation de la juridiction administrative : *Revue générale du droit* on line, 2017, numéro 27545 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=27545](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=27545))

et le maintien de l'ordre public au sens large du terme.<sup>13</sup> La France, qui est notre pays de référence, connaissant le système dit de l'Etat de droit, il s'ensuit que l'action administrative doit se développer dans le respect d'un ensemble de règles juridiques qui, à la fois, fondent, facilitent, canalisent et limitent cette action.<sup>14</sup> Et, nous allons, dans notre analyse, prioriser la procédure administrative juridictionnelle en général et plus précisément les cas malien, sénégalais et burkinabè en particulier.

La soumission au droit, ainsi défini, de l'action administrative resterait lettre morte si, par ailleurs, il n'existe pas un juge compétent pour sanctionner l'éventuelle violation de ce droit. Sur ce point encore, le système français apporte une réponse originale en confiant à un juge administratif (Tribunaux administratifs, Cours administratifs d'appel et Conseil d'Etat), juge spécifique de l'action administrative, le contrôle juridictionnel de l'essentiel de cette action.<sup>15</sup> Ce juge apprécie la régularité de celle-ci, détermine, en cas de dommage, les réparations auxquelles elle peut donner lieu, à partir de règles regroupées dans un ensemble hiérarchisé et constituant les sources du droit administratif.<sup>16</sup>

Comme disaient certains auteurs français, les recours contentieux sont ceux qui sont portés devant une juridiction. Et ils peuvent être dirigés soit contre une décision de l'administration active, soit contre un jugement (en ce dernier cas il s'agit d'une « voie de recours »).<sup>17</sup> Par exemple, dans un contentieux opposant le Sieur Ahmed Adama Sy et trois autres contre l'Etat du Sénégal en matière de recours en annulation, les Sieurs Ahmed et autres ont demandé au ministre des Forces armées la régularisation de leur pension d'invalidité en application du Code des pensions militaires.<sup>18</sup> Considérant que par

---

<sup>13</sup> J. F. LACHAUME, *Droit administratif*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, 1980, p. 11.

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> G. VEDEL, P. DELVOLLE, *Droit administratif 2*, Thémis Droit, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, mise à jour 1990, p. 30.

<sup>18</sup> Cour suprême-Sénégal ; arrêt n° 01 du 24/01/2019.

lettre n° 004774 du 6 novembre 2017, le ministre des Forces armées a rejeté les demandes de régularisation de pensions au profit de ces quatre militaires reconnus inaptes au service armée, ces derniers ont attaqué cette décision en soulevant un moyen unique tiré de la violation des articles 1<sup>er</sup>, 10 et 138 du Code des pensions militaires d'invalidité. Et la Cour suprême dans sa décision du 24/01/2019 a annulé la décision du ministre des Forces armées.<sup>19</sup>

Le recours contentieux impose au juge l'obligation de statuer ; mais ses pouvoirs à l'égard de l'acte sont limités. De plus, il ne saurait statuer *ultra petita*, c'est-à-dire accorder plus qu'il ne lui est demandé.<sup>20</sup> Or, les moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un recours contentieux sont, par définition, exclusivement des moyens juridiques. On ne peut invoquer devant un juge que des arguments de droit ou de faits susceptibles d'avoir une portée juridique. D'autres se demandent même s'il y a un rapport entre les recours administratifs et les recours contentieux. En principe, les recours administratifs et les recours contentieux n'ont pas de rapports nécessaires puisqu'il s'agit de recours de nature différente, portés devant des organes différents et produisant des effets ne coïncidant pas obligatoirement.<sup>21</sup> On peut retenir des recours contentieux les recours pour excès de pouvoir et les recours de plein contentieux.<sup>22</sup>

Les recours contentieux sont généralement les recours qui ont pour objet, soit une demande d'annulation d'un acte soit une demande de réparation d'un dommage. On peut définir ces recours contentieux comme étant des actes de procédures par lesquels une personne saisit en principal une juridiction de prétention dont elle veut faire reconnaître le bien fondé.<sup>23</sup> L'arrêt Blanco illustre les problèmes liés à la détermination du droit applicable à l'action de l'administration et de la juridiction compétente pour connaître du contentieux né de cette

---

<sup>19</sup> CS-Sénégal, arrêt n° 01 du 24/01/2019

<sup>20</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, 2020, p. 702.

<sup>21</sup> G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>22</sup> Voir D. SY, *Droit administratif*, L'Harmattan-Sénégal, 2<sup>e</sup> édition revue, corrigée et augmentée, 2014, p. 112-132.

<sup>23</sup> *Idem.* p. 112.

action.<sup>24</sup> Tout en reconnaissant le principe de la responsabilité de la puissance publique, l'arrêt Blanco précise 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.<sup>25</sup> Il faut reconnaître que l'arrêt Blanco a fait un apport capital et qui aujourd'hui encore, reste le principe de base en matière de répartition des litiges entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative, peut se résumer ainsi : la compétence du juge administratif se déduit normalement de l'application, à un litige donné, des règles du droit administratif, car cette application révèle la gestion publique qui justifie, à son tour, l'intervention du juge administratif.<sup>26</sup>

A cet effet, il est important de définir le concept juge administratif. Selon un auteur français, par juge administratif, il s'agit de l'ensemble des juridictions statuant sous le contrôle d'appel ou de cassation du Conseil d'Etat, d'autre part, la section du contentieux du Conseil d'Etat elle-même, sa position au sommet de l'ordre juridictionnel administratif confère à cette dernière une importance essentielle du point de vue de l'adoption des méthodes et de leur unification.<sup>27</sup>

Mais au Mali, l'article 7 de la loi n° 94-006 portant organisation et fonctionnement des juridictions administratives rappelle aussi les dispositions qui précisent leurs fonctions<sup>28</sup>. Ainsi, distinguer certaines missions du juge administratif, peut soulever deux objectifs qui

---

<sup>24</sup> CE-France, arrêt Blanco du 8 février 1873.

<sup>25</sup> Voir CE., l'arrêt Blanco de 1873. Voir aussi M. N'GAIDE, « Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe de légal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n° 12), *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 1.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse pour le doctorat d'Etat, présentée et soutenue publiquement le 13 mai 1971 à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II) ; p. 89.

<sup>28</sup> Article 7 de la loi n° 94-006 portant organisation et fonctionnement des juridictions administratives au Mali.

concernent, l'une la dualité des fonctions du juge administratif, l'autre la dualité des méthodes qu'il utilise.

Du point de vue de la dualité des fonctions du juge d'abord, tout en admettant que, dans la logique d'une exposition théorique, les deux activités du juge, trancher le litige et construire le droit, puissent être complémentaires, on peut se demander si la réalité suit fidèlement ce schéma au Mali, au Sénégal et Burkina Faso.<sup>29</sup>

S'agissant du juge administratif africain (malien, sénégalais et burkinabè), qui est l'objet de cette réflexion, l'exercice de leur compétence varie du degré de juridiction et leur compétence a évolué. Et la loi n° 094-006 modifiée par la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs au Mali les a instituées dans le ressort judiciaire des Cours d'appel de Bamako, Kayes et Mopti.<sup>30</sup> De fait, qu'il n'existe pas jusqu'à nos jours de Cours administratives d'appel au Mali qui fonctionne. Contrairement au système judiciaire sénégalais, la loi du 3 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal, le Tribunal de grande instance qui remplace le Tribunal régional connaît de l'ensemble du contentieux administratif de pleine juridiction et fiscal.<sup>31</sup>

Au-delà des données ci-dessus, on peut dire que l'intérêt de cette réflexion est d'abord théorique car il vise à analyser l'évolution de la fonction du juge administratif en Afrique pour protéger les administrés dans un contentieux administratif. On constate que c'est le législateur des différents pays qui a posé ces réformes pour renforcer les compétences du juge administratif. A cet effet, les différents recours contentieux dans les jugements et arrêts rendus par le juge administratif feront l'objet d'analyse.

---

<sup>29</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 17.

<sup>30</sup> Voir la loi n° 2018-031 du 12 juin 2018 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs au Mali.

<sup>31</sup> Voir l'article 19 du décret du 3 août 2015 fixant les modalités d'application de la loi 3 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Voir aussi P.O. SECK (dir.), « La modernisation de la justice au Sénégal : une perception manifeste », *ELJA*, Dakar, 2017, p. 127.

L'article 8 de la loi n°94-006 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs identifie les compétences du juge administratif malien. Il dispose que : « le Tribunal administratif connaît des recours en annulation pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions des autorités administratives régionales ou locales; des recours en interprétation et en appréciation de légalité de ces décisions. Il connaît également des demandes en décharge ou en réduction présentée en matière fiscale, par les contribuables, dans les conditions fixées par le règlement financier et du contentieux relatif à l'élection des assemblées des collectivités territoriales. Enfin, il statue sur des litiges d'ordre administratif relevés à l'occasion d'un acte passé au nom du Gouvernement ou de ceux nés de l'exécution d'un service public dépendant du gouvernement ou des collectivités publiques ; d'une manière générale de tout litige qui entre dans le contentieux administratif ».<sup>32</sup> On peut dire que ces compétences qui lui ont été confiées par le législateur ont tranché ses rapports avec le juge judiciaire et le reconforte dans sa mission de gérer les contentieux. Les mêmes dispositions ont été prises dans le système judiciaire burkinabè dans l'article 4 al. 2 de la loi organique n° 11-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des Tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux, « le président, le vice-président, les juges, le commissaire du gouvernement et le premier commissaire du gouvernement adjoint sont nommés parmi les magistrats de carrière».<sup>33</sup>

Au Sénégal, en plus des compétences dont dispose le juge malien, la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême a institué, pour la première fois, le référé dans le contentieux administratif sénégalais. Une doctrine sénégalaise trouve que cette disposition est une évolution importante du fait que le droit des

---

<sup>32</sup> L'article 8 de loi n° 094-006 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux administratifs.

<sup>33</sup> O. OUEDRAOGO, « La crise du système de dualité de juridiction en Afrique francophone : analyse des modèles Burkinabè, malien et sénégalais », *Revue Burkinabè de Droit*, n°53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 44.

procédures d'urgence devant la Cour s'était limité depuis l'indépendance au sursis à exécution dans le contentieux de l'excès de pouvoir<sup>34</sup>. C'était le cas quand l'administré peut arguer de moyens sérieux dans une situation où le préjudice qu'il encourt est irréparable, d'obtenir du juge la suspension d'une décision administrative.<sup>35</sup> Et l'article 73-3 de la loi du 8 août 2008 sur la Cour suprême abrogée affirme que le délai de recours et le recours sont suspensifs en cas de déclaration d'utilité publique, d'expulsion d'étranger et d'extradition. Le juge administratif sénégalais est prudent et considère que le sursis à exécution ne peut être accordé que si les moyens invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et si le préjudice encouru par le requérant est irréparable.<sup>36</sup>

Ensuite, l'intérêt de cette réflexion est aussi académique. Certes des réflexions sont faites sur le juge administratif malien, sénégalais et burkinabè mais il est important d'analyser si les réformes législatives peuvent permettre au juge de protéger efficacement les droits des administrés dans le contentieux administratif. Aussi, nous allons analyser les méthodes et les techniques utilisées par le juge administratif. Cette réflexion peut compléter ou venir en appui à l'analyse de certaines doctrines africaines sur l'évolution de la fonction protectrice du juge administratif, sur la pratique du contentieux administratif malien, sénégalais et burkinabè de 1994 à nos jours.

Enfin, son intérêt peut être pratique du fait qu'on va analyser l'évolution que l'office du juge administratif a subi, l'analyser et l'interpréter. De 1994 jusqu'à nos jours, il est fréquent que le juge rencontre des contentieux tous les jours qui ne peuvent être pris en compte par les textes législatifs et réglementaires. Donc, son silence serait qualifié de déni de justice qui est une infraction. Dans

---

<sup>34</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique (Afrilex)*, publié en janvier 2019, p. 1.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Ibid.* Voir aussi Cour suprême, 5 avril 1978, E. WARDINI in D. SY, *Droit administratif*, Dakar, CREDILA, 2010, p. 112.



l'argumentation ou la motivation de ses décisions, il peut se référer aux jurisprudences de son homologue français. Une doctrine sénégalaise disait, à cet effet, que le droit d'Afrique francophone ne peut se comprendre qu'en référence du droit administratif français.<sup>37</sup> Surtout qu'à l'analyse de la pratique contentieuse du juge administratif africain en comparant à celle du juge français, on constate, que malgré certaines particularités du juge sénégalais, burkinabè et malien, ce dernier n'a pas encore atteint le degré de technicité et d'efficacité du juge administratif français.

Par exemple, à l'analyse des compétences de ce celui-là et de ses exploits, on a l'impression que le juge administratif en Afrique ne crée aucun droit, ne se substitue pas souvent au législateur pour créer le droit afin de trancher les litiges. *Alors, quelle est l'évolution de l'office du juge administratif malien, sénégalais et burkinabè ?* L'office du juge administratif a évolué au Mali, au Sénégal et au Burkina Faso depuis 1994 jusqu'à nos jours, d'une part, dans le déroulement du procès, et d'autre part, dans les procédures d'urgence. Puisqu'il a été constaté que ses compétences ont été encadrées par le législateur au Mali, au Sénégal et au Burkina Faso. C'est pourquoi nous analyserons dans une première partie l'évolution de l'office du juge administratif dans le déroulement du procès et dans une deuxième partie l'évolution de son office dans les procédures d'urgence.

### **I. L'évolution de l'office du juge administratif dans le déroulement du procès**

Le juge administratif est appelé à juger de tout litige qui peut naître entre l'administration et les administrés. Au nom des principes d'Etat de droit et de démocratie, le juge administratif doit assurer une protection juridictionnelle effective aux administrés (l'administration étant plus forte que l'administré). Cette protection implique la réalisation de deux conditions : une condition préalable est l'accessibilité au juge administratif par la recevabilité des recours,

---

<sup>37</sup> D. SY, *Droit administratif*, L'Harmattan-Sénégal, 2<sup>e</sup> édition revue, corrigée et augmentée 2014, p. 12.

et une condition subséquente est la garantie des droits procéduraux des administrés dans le déroulement du procès à travers la régularisation des irrecevabilités.

#### *A. Au niveau de la recevabilité des recours*

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue<sup>38</sup>. Cette disposition de l'art. 7, al. 1, parag. 4 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) recommande que chaque personne soit jugée dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale. Les mêmes dispositions sont reprises dans la convention européenne des droits de l'homme de 1950. Elle dispose que chaque personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant ou par une Cour, impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ces droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle<sup>39</sup>. Cette disposition de l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'homme vaut également devant les juridictions administratives en France.

Dans le cadre africain, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit s'exerce de manière différente, seulement le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur, retient notre attention. Sans doute, ce sont des juridictions administratives qui sont compétentes en Afrique de l'Ouest pour statuer sur les contentieux administratifs<sup>40</sup>.

Dans cette analyse, une condition préalable est l'accessibilité au juge administratif mais il est important de savoir si les administrés ont

---

<sup>38</sup> Art. 7, al. 1 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

<sup>39</sup> Voir l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme de 1950.

<sup>40</sup> Voir O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 6<sup>e</sup> édition, 2009, p. 1.

la facilité d'accéder au prétoire du juge et de voir leur litige tranché par lui. Dans quelle mesure un citoyen peut-il contester une décision publique et à quel juge peut-il faire appel? A la recherche des réponses aux différentes préoccupations, une analyse sur l'accès au juge administratif peut soulever les problèmes des délais de recours, des accès territoriaux au juge, des frais de consignations ou des formalités de saisine qui constituent les conditions d'accès au juge. Et dans la pratique, ces conditions constituent souvent un obstacle pour les administrés d'accéder au juge. Par exemple, dans un contentieux opposant le comité de gestion de la medersa de Baco-djicoroni au jugement n° 236 du 19 mai 2011, la Cour suprême, section administrative du Mali, statuant publiquement, contradictoirement en matière de recours pour excès de pouvoir dans son arrêt n°004 du 14/01/2016, déclare irrecevable le recours du comité de gestion de la medersa pour défaut de moyen de consignation.<sup>41</sup> On peut constater des arrêts de rejet pour défaut de consignation de la Cour suprême, section administrative du Mali dans les arrêts n° 007 du 10/10/2013, n° 042 du 07/03/2013, dans l'arrêt n° 004 du 14/01/2016 et dans l'arrêt n° 376 du 30/06/2016.

Le juge administratif est tenu de se prononcer sur la recevabilité des recours dont il est saisi à un stade précis de leur examen et de l'apprécier à la date de leur introduction. Pour se prononcer sur la recevabilité d'un recours, il désigne que le juge vérifie d'abord que le recours a été formé dans des conditions régulières.<sup>42</sup> Préalablement, les conditions de recevabilité peuvent se regrouper en trois rubriques à savoir les conditions de recevabilité tenant à la personne du requérant, celles tenant à la nature de l'acte attaqué et enfin les conditions tenant à la requête elle-même.

Pour la première condition, pour être recevable, il faut que le requérant ait la capacité d'agir et un intérêt à agir.<sup>43</sup> La capacité d'agir

---

<sup>41</sup> Cour suprême-Mali, arrêt n° 004 du 14/01/2016. Voir les arrêts n° 007 du 10/10/2013, n°042 du 07/03/2013, dans l'arrêt n° 004 du 14/01/2016 et dans l'arrêt n° 376 du 30/06/2016.

<sup>42</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, p. 709.

<sup>43</sup> *Ibid.* p. 713.

est appréciée dans les termes du droit commun. La condition relative à l'intérêt à agir soulève le plus de difficulté.<sup>44</sup> La jurisprudence distingue entre l'intérêt à agir des personnes physiques et l'intérêt à agir des personnes morales. D'abord, les personnes physiques, l'acte doit avoir lésé moralement et matériellement l'intérêt du requérant. Cette qualité de la personne requérante est indispensable. Et a même poussé le juge administratif malien, par exemple, à déclarer le recours de Mahamadou Traoré irrecevable pour défaut de qualité.<sup>45</sup>

Entre le requérant et l'acte, il doit avoir un lien évident.<sup>46</sup> Ensuite, pour les personnes morales, selon une doctrine sénégalaise, l'intérêt à agir des groupements soulève des problèmes beaucoup plus délicats. En principe, les personnes morales ne doivent agir normalement que pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres. Un arrêt du Conseil d'Etat français a admis leur responsabilité.<sup>47</sup> Au regard de cet arrêt, les personnes morales ne peuvent attaquer les actes des individuels concernant un de leur membre sauf si elles ont reçu un mandat spécial. Par exemple, l'association des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat. Dans cette affaire, mandat a été donné à AHMS par le Sieur Fadiya qui a introduit un recours en annulation de la décision d'un jury ayant écarté la candidature de sieur Fadiya à l'épreuve d'admission au motif que l'infirmité dont il est atteint est incompatible avec la fonction volontaire l'enseignement.<sup>48</sup> Ce dernier avait été classé deuxième sur une soixantaine d'admissible. Le CE a déclaré la requête recevable et a annulé la décision du jury.<sup>49</sup> Cette

---

<sup>44</sup> D. SY, *Droit administratif*, Harmattan-Sénégal, 2<sup>e</sup> édition revue, corrigée et augmentée 2014, p. 115.

<sup>45</sup> CS-Mali, arrêt n° 006 du 14 janvier 2016.

<sup>46</sup> CE-Sénégal, 25 août 1993, professeur Iba Der Thiam.

<sup>47</sup> CE, 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges.

<sup>48</sup> CE-Sénégal, arrêt rendu le 29 juin 2000, Association des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat. Voir aussi M. N'GAIDE, «Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n° 12)», *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 2.

<sup>49</sup> *Idem*. Voir aussi Moustapha N'GAIDE, « Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe de légal accès des citoyens à un emploi public : à propos de

jurisprudence du juge administratif sénégalais a protégé le droit d'accès à la fonction publique de l'Etat et aux emplois de Sieur Fadiya.

On peut ajouter les conditions de recevabilité tenant à l'acte attaqué. Selon elles, le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que si l'acte contre lequel il est dirigé est un acte administratif unilatéral. En ce qui concerne les contrats administratifs, on a fini par admettre qu'un recours pour excès de pouvoir puisse être dirigé en dehors des actes détachables<sup>50</sup>, contre les clauses réglementaires du contrat<sup>51</sup>.

Il y a enfin les conditions de recevabilité tenant à la requête. D'après celles-ci, la requête doit être présentée sous une certaine forme, comporter certaines mentions et être introduite dans un délai bien déterminé. Selon l'article 34 de la loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême au Sénégal, la requête doit être écrite et signée par un avocat, par un ministre, par un fonctionnaire habilité à ester en justice au nom de l'Etat ou par le président d'un Conseil régional, par un maire ou par un président de communauté rurale.<sup>52</sup> Il faut ajouter que selon l'article 73 de la même loi, le demandeur est dispensé du ministère d'un avocat.<sup>53</sup>

A l'analyse de la loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême au Sénégal, la recevabilité d'un recours est conditionnée à la prise en compte de certaines mentions relative au nom, domicile du requérant, et contenir un exposé sommaire des faits et des moyens c'est-à-dire les circonstances qui sont à l'origine du recours et les arguments juridiques qui soutiennent la requête. On peut rappeler que le juge déclare irrecevable une requête dans

---

l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n° 12), *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 3.

<sup>50</sup> CE, 4 août 1905, Martin.

<sup>51</sup> CE, Ass. 10 juillet 1996, Cayzele.

<sup>52</sup> Voir l'article 34 de la loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême au Sénégal.

<sup>53</sup> Article 34 de la loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême au Sénégal.

laquelle il n'y a pas un exposé des moyens.<sup>54</sup> Et à titre illustratif, dans un arrêt n° 004 du 14 janvier 2016 rendu par la Cour suprême du Mali (section administrative), il est déclaré, après analyse des faits opposant le comité de gestion de la medersa de Baco-djicoroni, représenté par Amadou Traore ayant pour conseil Maître Alou B. Diagné, avocat inscrit au barreau du Mali (appelant) contre le jugement n° 236 du 19 mai 2011 du Tribunal administratif de Bamako – Haut commissariat du district de Bamako et l'Institut islamique "Nahar Djoliba" de Baco-djicoroni, ayant pour conseil Maître Yacouba Kone, avocat inscrit au barreau du Mali, le recours irrecevable pour défaut de moyens et de consignation.<sup>55</sup>

En outre, selon l'article 34 de la loi organique n° 2008-35 portant création de la Cour suprême au Sénégal, la décision contestée doit être jointe à la requête. La requête doit être introduite dans un délai de deux mois à partir de la notification de l'acte ou la publication. Et une décision implicite naît du silence gardé par l'administration pendant un certain délai. En droit sénégalais, le délai de recours pour excès de pouvoir commence à courir à partir l'expiration d'un délai de quatre mois, en droit burkinabè deux mois<sup>56</sup>, en droit malien deux mois et en droit français deux mois conformément à l'article 21 de la loi du 12 avril 2000.

Juger selon un délai raisonnable est un droit de l'homme reconnu par divers instruments juridiques. Il en va ainsi de l'article 7, de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de l'article 9-3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.<sup>57</sup> La Cour européenne des droits de l'homme ne rate aucune occasion

---

<sup>54</sup> CS-Sénégal, arrêt rendu le 27 mai 1981, Aboubacar Sylla.

<sup>55</sup> CS-Mali, arrêt n° 004 du 14 janvier 2016.

<sup>56</sup> Article 40 de la loi organique n° 032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant organisation, composition, fonctionnement du Conseil d'Etat burkinabè et la procédure suivie devant elle.

<sup>57</sup> Voir aussi C. Monembou, « Le droit administratif au-delà de l'Etat. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Mélange en l'honneur du Pr Demba Sy, Droit administratif*, Presse Universitaire de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 110.

pour sanctionner la violation de ce droit indispensable à la protection des droits du justiciable.<sup>58</sup> Sa violation compromet l'efficacité de la justice et peut d'ailleurs engager la responsabilité de l'Etat mis en cause.

Il est possible de dégager également deux séries de principes relatifs à la recevabilité des recours en contentieux administratif. Les uns se rapportent à l'examen de cette recevabilité ; les autres révèlent que certaines requêtes encourent d'emblée un rejet pour irrecevabilité.<sup>59</sup> Le juge administratif est tenu de se prononcer sur la recevabilité des recours dont il est saisi à un stade précis de leur examen et de l'apprécier à la date de leur introduction.<sup>60</sup> Et le Conseil d'Etat dans l'arrêt ville de Lille, Lebon rendu le 28 décembre 2005, a trouvé que le juge qui statue au fond sans avoir préalablement examiné la recevabilité du recours commet une erreur de droit, sanctionnée par le juge d'appel ou de cassation.<sup>61</sup> C'est précisément dans la défense du citoyen contre le pouvoir public que les juridictions administratives jouent un rôle déterminant. Le concept de protection juridique est étroitement lié au concept d'Etat de droit. Le pouvoir exécutif doit en effet respecter la loi.<sup>62</sup>

A ce titre, l'accessibilité au prétoire du juge dépend de son libéralisme. Si le juge est trop sévère dans l'appréciation des conditions de recevabilité des recours, il risque de rejeter beaucoup de requêtes et de limiter la protection des ADMINISTRÉS.<sup>63</sup> Et l'arrêt n° 002 du 12/01/2012 de la Cour suprême du Mali en est une parfaite illustration. Par acte d'appel n° 183/2010 du 01 Juin 2010, dame Bassaran Sidibé, sous la plume de son conseil Maître Ousmane Mama Traoré a relevé appel contre le jugement n° 207 du 20 mai 2010 rendu

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 2014, p. 268.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> CE., 28 déc. 2005, Ville de Lille, *Lebon* 1071.

<sup>62</sup> J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON, F. POULET, *Droit administratif : Cours, Thèmes de réflexion, Commentaires d'arrêts, Note de synthèse*, 15<sup>e</sup> édition, 2017, p. 784.

<sup>63</sup> *Ibid.*

par le Tribunal administratif de Bamako dans l'affaire l'opposant au directeur régional des domaines et du cadastre de Koulikoro et Fatoumata Tamboura en matière de recours pour excès de pouvoir.<sup>64</sup> Considérant que l'appel de dame Bassaran Sidibé, enregistré au greffe de la section administrative de la Cour suprême le 3 mai 2011, n'était pas consigné.<sup>65</sup> Le juge administratif, statuant publiquement, contradictoirement en appel, déclare l'appel irrecevable pour défaut de consignation.

Cet arrêt laisse entendre que l'absence des frais de consignation peut empêcher les administrés d'accéder au juge administratif. On peut reprocher au juge administratif de n'avoir pas été flexible. En revanche, si le juge fait preuve de libéralisme en interprétant de façon souple les conditions de recevabilité des recours (nature de l'acte, qualité et intérêt à agir du requérant, délai et formalités de la saisine...)<sup>66</sup>, il donne la possibilité d'accroître les recours et de sanctionner les actes litigieux. Dès lors, que sa sévérité conduit à des rejets systématiques de recours pour irrecevabilité, il réduit les possibilités de protéger les administrés car ne pouvant se prononcer sur le fond.<sup>67</sup> Alors que la mission est de trancher les conflits et de protéger les citoyens contre les violations de leurs droits et libertés et contre tout abus de la part des pouvoirs publics, la justice se trouve quotidiennement et violemment prise à partie et soupçonnée de partialité, de corruption, de négligence et même très souvent d'incompétence.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> CS-Mali, arrêt n° 002 du 12/01/2012.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> P.L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Précis Domat, Droit Public, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, p. 590.

<sup>67</sup> CE-Sénégal, arrêt n° 12 du 29 juin 2000. Voir aussi M. N'GAIDE, « Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n° 12), *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 1.

<sup>68</sup> B. 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 soutenue publiquement le 2 décembre 2011, p. 146.



Au Sénégal, une doctrine révèle que les administrés ne sont, en général, admis à saisir directement la Cour suprême qu'en matière de recours pour excès de pouvoir.<sup>69</sup> Avec la mise en application du droit de l'urgence, cette règle est atténuée. Comment le juge administratif peut-il protéger les administrés si ces derniers ne peuvent pas accéder à lui ? Et il est à constater que le contentieux du référé n'est pas encouragé au Sénégal à cause de l'éloignement de la Cour suprême et de l'existence d'un seul juge pour statuer sur toutes les requêtes. Il s'y ajoute que ses contours sont imprécis<sup>70</sup>.

Si l'éloignement géographique du juge aux justiciables complique l'accès à la justice, il faut ajouter que le délai de recours en est une cause en Afrique. L'appréciation de la recevabilité dont sont saisies les juridictions administratives s'apprécie à la date à laquelle ils sont introduits.<sup>71</sup> Le principe selon lequel la recevabilité s'apprécie à la date d'introduction du recours se traduit inversement par le fait que l'intérêt à agir ne saurait disparaître en cours d'instance.<sup>72</sup>

En France, le juge administratif a résolu cette question. Déjà, par un avis du 21 octobre 2020, le Conseil d'Etat est venu confirmer qu'aucun délai n'était opposable au contribuable pour saisir le juge administratif tant que l'administration n'a pas expressément rejeté sa réclamation.<sup>73</sup> En contentieux général, en 2016, le Conseil d'Etat avait fait évoluer sa jurisprudence concernant les délais dont dispose le justiciable pour saisir le juge administratif. En ce qui concerne les décisions de rejet exprès ne mentionnant pas les délais et voies de recours, la haute juridiction avait estimé que les justiciables devaient saisir le juge administratif dans un délai raisonnable après avoir eu

---

<sup>69</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique (Afrilex)*, publié en janvier 2019, p. 7.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> CE 5 oct. 1977, Secrétaire d'Etat Culture, *AJDA* 1978. 106.

<sup>72</sup> CE, sect., 11 févr. 2005, Marcel, *Lebon* 57.

<sup>73</sup> CE., 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 21 oct. 2020, n°443327. Voir aussi [www.pwcavocats.com](http://www.pwcavocats.com) (21/12/2020).

connaissance de la décision. Ce délai était, sauf circonstances exceptionnelles, au maximum d'un an.<sup>74</sup>

Concernant les décisions de rejet implicite, le Conseil d'Etat a ensuite précisé que le délai pour saisir les Tribunaux administratifs commençait à courir à la date de ce rejet lorsque le justiciable avait été clairement informé que l'absence de réponse dans un certain délai valait rejet et, en absence de précision, lorsque la décision de rejet a été clairement mentionnée lors des échanges avec l'administration.<sup>75</sup>

En dehors de délai de saisine des tribunaux et des Cours, la question de recevabilité peut se poser au niveau du contentieux né au cours de l'exécution du contrat administratif. Alors, l'irrecevabilité de l'action juridictionnelle dit-elle être prononcée dès lors que les parties ont saisi directement le juge d'une action qu'elles avaient contractuellement prévu de tenter de régler préalablement à l'amiable? Une réponse positive reviendrait à ce que le juge ne prononce finalement pas la nullité du contrat dans l'hypothèse précise d'une action en contestation de validité du contrat tendant à son annulation.<sup>76</sup> Mais à notre sens, le respect des clauses processuelles par les cocontractants doit conditionner la recevabilité de leur action devant le juge du contrat, y compris lorsqu'une partie cherche à obtenir l'annulation du contrat. Ces clauses processuelles doivent jouer en quelque sorte un rôle de filtre contentieux à l'instar de la loyauté des relations contractuelles.<sup>77</sup>

Il faut dire, à cet effet, que le raisonnement du juge est généralement séquentiel. Il s'intéresse avant toute chose à la recevabilité de l'action avant de se questionner sur l'annulation du contrat. Le recours à la distinction entre les obligations emportées par l'annulation et celles lui survivant n'a pas lieu d'être dans ce cas,

---

<sup>74</sup> CE., Ass., 13 juil. 2016, n° 3877763. Voir aussi [www.pwcavocats.com](http://www.pwcavocats.com) (21/12/2020).

<sup>75</sup> Voir CE., 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 12 oct. 2020, n° 429185.

<sup>76</sup> J. BOUSQUET, « L'application des clauses de règlement des différends du contrat administratif illégal », *AJDA*, 2020, p. 4.

<sup>77</sup> *Idem*.

puisque l'annulation du contrat n'a pas pu être prononcée par le juge dans certains contentieux.<sup>78</sup>

Bref, la recevabilité d'un recours suppose que toutes les conditions (respect du délai, de la qualité de la personne ou intérêt à agir, l'exposé des arguments, les frais de consignation,...) sont réunies pour accéder au juge. Le juge peut protéger les droits de l'administré lorsqu'il est saisi pour dire le droit. Mais il arrive que certains recours soient rejetés pour fautes de consignation, défaut d'exposé des arguments, défaut preuve d'intérêt à agir... Le législateur a accordé au juge une possibilité d'analyser certains recours afin de les régulariser. Cette régularisation des irrecevabilités fera l'objet d'analyse dans le paragraphe suivant.

### ***B. Au niveau de la régularisation des irrecevabilités des recours***

La régularisation des irrecevabilités poursuit une finalité unique : épurer un recours entaché d'un ou de plusieurs vices de présentation. La régularisation agit en quelque sorte comme une purge. Elle lave la requête de toutes ses impuretés procédurales. La régularisation fait bien plus que neutraliser l'irrégularité. Elle la corrige.<sup>79</sup> Il est à souligner que certaines irrecevabilités sont régularisables et d'autres non. L'irrecevabilité tenant à l'absence de preuve de la réalisation de la notification est quant à elle régularisable jusqu'à la clôture de l'instruction si celle-là a été régulièrement accomplie dans le délai réglementaire.<sup>80</sup> Sont également corrigibles jusqu'à la fin de l'instruction les irrecevabilités tenant à la non-production de la

---

<sup>78</sup> *Ibid.* Voir aussi J.-F. LAFAIX, « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *A propos des contrats des personnes publiques*, in Mélanges Laurent Richer, LGDJ, 2013, p. 367. L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges », *J.-Cl. Pr. civ.* fasc. 500-95, 2016. Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423, *Bull. ch. mixte* n° 1 ; *D.* 2003. 1386, et les obs.

<sup>79</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *AJDA*, 23/04/2019, p. 2.

<sup>80</sup> CE, 19 décembre 2008, *Époux Montmeza*, n° 297716, T. Voir aussi A. LAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *AJDA*, 23/04/2019, p. 3.

décision attaquée ou des copies exigées ou même l'omission de produire la justification de la notification du recours.<sup>81</sup> De même, en cas de requête collective personnelle ou matérielle, s'il n'existe pas un lien suffisant soit entre les requérants, soit entre les décisions, le ou les requérants pourront régulariser leur recours, dans le délai fixé par le juge, en présentant autant de requêtes distinctes que nécessaire.<sup>82</sup>

Il y a des irrecevabilités qui ne peuvent être régularisées comme les irrecevabilités relatives au requérant : absence de capacité à agir, de qualité pour agir, d'intérêt à agir.<sup>83</sup> Le requérant peut régulariser sa requête à tout moment tant que le défendeur ou le juge n'ont opposé un avis de non-recevoir. Dans l'hypothèse où le juge a relevé d'office l'irrecevabilité et a invité le requérant à la régulariser dans un délai déterminé, l'expiration de ce dernier rend l'irrecevabilité définitive et non régularisable, le juge pouvant alors avoir recours aux ordonnances dites « de tri ».<sup>84</sup> D'une manière générale, l'ambition du juge n'est autre que « démonter l'apparence de la demande pour en faire apparaître l'essence. Le juge agit comme une sorte d'éclaireur de la volonté du requérant. Mais, il est à retenir qu'en fait, « permettre la régularisation serait renoncer à l'exigence même du délai de recours »<sup>85</sup>. Ainsi, on peut dire que le droit d'accéder à un juge ne se limite pas à la seule reconnaissance du droit d'action mais inclut également les modalités d'exercice de ce droit.<sup>86</sup>

La régularisation de certaines irrecevabilités constitue-elle une chance au justiciable d'accéder à nouveau au prétoire du juge ? Dans une réponse plus simple mais risqué, on peut dire qu'elle constitue une chance aux administrés d'accéder au prétoire du juge administratif. Selon une doctrine française, la technique de la régularisation offre aux requérants, dans l'hypothèse où leur recours

---

<sup>81</sup> CE, 17 mars 1995, *Touati*, n° 154596, T.

<sup>82</sup> CE, Sect., 30 mars 1973, *David*, n° 80717, *Rec.*

<sup>83</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *op. cit.*, p. 3.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> R. CHAPUS, *op. cit.*, n° 519. Voir aussi A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *op. cit.*, p. 5.

<sup>86</sup> *Ibid.*

ne satisfait pas à une des conditions de recevabilité des requêtes, la possibilité de corriger leur erreur et de redresser la cause de l'irrégularité.<sup>87</sup>

Il y a jugement d'irrecevabilité si le recours est déclaré irrecevable. L'acte subsiste, sans qu'ait été tranché le problème de sa légalité. En théorie, il pourrait être attaqué à nouveau, du moins si l'irrecevabilité tient, soit à la personne du requérant, soit à une inobservation des formes ; en pratique, ce nouveau recours se heurterait à l'expiration du délai.<sup>88</sup> Mais s'il s'agit d'un acte réglementaire, son illégalité pourra être invoquée ultérieurement par voie d'exception.<sup>89</sup>

Une condition subséquente est la garantie des droits procéduraux des administrés dans le déroulement du procès : l'attitude que le juge adopte dans la conduite de l'instance renseigne également sur le niveau de protection qu'il assure aux administrés. En cela, la régularisation se rattache aux instruments de protection des droits procéduraux des justiciables et du caractère équitable du procès.<sup>90</sup> Car, la protection des droits procéduraux du requérant constitue un élément de la protection juridictionnelle que lui apporte le recours au juge. Le but immédiat de la régularisation du recours vise donc bien à préserver les chances de succès de l'action contentieuse qu'il a introduite.<sup>91</sup>

Si le juge fait preuve de pragmatisme et de libéralisme, il sera enclin à se pencher vers l'administré pour rechercher l'équilibre des parties (le procès étant déséquilibré au départ du fait que l'une des parties, l'administration, est dépositaire de la puissance publique).<sup>92</sup> Durant la phase d'instruction, le juge doit garantir le droit à un procès équitable aux administrés en veillant au respect des droits de la défense, du principe du contradictoire et en usant de ses pouvoirs

---

<sup>87</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *op. cit.*, p. 6.

<sup>88</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, p. 733.

<sup>89</sup> *Idem.*

<sup>90</sup> *Idem.*

<sup>91</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *op. cit.*, p. 6.

<sup>92</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 2009, p. 319.

inquisitoires dans la recherche de preuves (renversement de la charge de la preuve, injonction à l'administration de fournir des documents, enquêtes, expertises, etc.). Un élément essentiel de cette protection durant l'instance est aussi l'octroi de mesures d'urgence ou conservatoires (sursis à exécution, référés).<sup>93</sup>

Par ailleurs, le juge administratif doit faire preuve de pragmatisme dans le jugement au fond des litiges afin d'assurer une protection efficace des administrés face à la puissance publique. Cela passe par un effort de motivation correcte de ses décisions et une intensification de son contrôle sur les actes notamment discrétionnaires (intégration des nouvelles techniques de contrôle).<sup>94</sup> La fonction du juge consiste avant tout à trancher des différends. Le cadre procédural dans lequel il exerce cette mission, pour nécessaire qu'il soit ne doit pas se transformer en carcan.<sup>95</sup> Les usagers du service public de la justice sont certes tenus de le respecter au risque de ne pas voir leur(s) prétention(s) examinée(s). Il est cependant non moins évident que des erreurs peuvent être commises au stade de la saisine du juge et de la présentation de la requête.<sup>96</sup> Il s'agit d'un aléa quasi inéluctable en raison de la complexité du droit du contentieux administratif mais aussi de la possibilité parfois reconnue aux requérants de saisir le juge sans l'assistance d'un conseil.<sup>97</sup>

Ces erreurs doivent-elles systématiquement et automatiquement conduire à un rejet du recours pour irrecevabilité avant même tout examen au fond de la requête ? Dans une requête aux fins de rectification de l'arrêt n° 136 en date du 07/06/2013 de la section administrative de la Cour suprême, Maître Jules Dembele, conseil du requérant soutient que cette décision est le résultat d'une erreur matérielle dans l'appréciation des faits et qui a influencé le jugement

---

<sup>93</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, p. 570.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *AJDA*, 23/04/2019, p. 1.

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> *Idem.*

de l'affaire.<sup>98</sup> Il défend que mieux ni lui son conseil n'a reçu aucune notification de la date de l'audience devant la section administrative en violation flagrante des dispositions de l'article 59 de la loi fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle ; qu'au surplus, ledit arrêt ne lui a jamais été notifié par le greffier en chef contrairement aux prescriptions de l'article 63 de la loi susvisée.<sup>99</sup> Que pour toutes ces raisons, qu'il conviendra de recevoir son recours en rectification et ceci conformément aux dispositions de l'article 72 de la loi susvisée.

Il faut noter que l'article 72 de la loi n° 96-071 fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant elle, relatif au recours en rectification dispose : « lorsqu'un arrêt de la section administrative est entaché d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire, la partie intéressée peut introduire devant la section, un recours en rectification. Ce recours doit être introduit dans les mêmes formes que celles dans lesquelles a été introduite la requête initiale. Il doit être introduit dans le délai d'un mois qui court à compter de la date de signification de la décision dont la rectification est demandée »<sup>100</sup>.

Le juge administratif, après l'analyse de la requête, constate que le requérant ne précise pas en quoi consiste l'erreur matérielle qui affecte l'arrêt n° 136 en date du 7 juin 2013 de la section administrative.<sup>101</sup> Suivant la définition de l'erreur matérielle dans l'article 72, et considérant que l'omission des formalités de notification invoquées par le requérant, n'est pas constitutive d'erreur matérielle pouvant affecter l'arrêt querellé, le juge rejette la requête comme mal fondée. Le recours en rectification d'erreur matérielle est une voie de rétractation, donc un recours juridictionnel présenté devant la

---

<sup>98</sup> Cour Suprême du Mali, section administrative, arrêt n° 002 du 23/01/2014.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> Article 72 de la loi n° 96-071 fixant l'organisation, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant la Cour suprême.

<sup>101</sup> CS-Mali, arrêt n° 002 du 23/01/2014.

juridiction qui a rendu la décision contestée. Comme le recours en révision, il est seulement ouvert aux parties présentes à l'instance initiale. Il peut être formé contre les décisions des Cours suprêmes (ou Conseil d'Etat), les Cours administratifs d'appel et toutes juridictions statuant en dernier ressort, en même en absence d'un texte le prévoyant expressément.<sup>102</sup>

L'erreur à rectifier, en principe, doit être indépendante de toute appréciation juridique, avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire et ne doit pas avoir été provoquée par celui qui présente le recours.<sup>103</sup> Si le juge fait droit à la demande, la partie de la décision entachée d'erreur matérielle est modifiée. Le recours peut donc déboucher sur une décision entièrement nouvelle et permet parfois au juge de corriger une erreur de procédure contentieuse qu'il a commise. Par exemple, la requête en date du 11 juin 2013, enregistrée au greffe de la Cour suprême du Mali le 18 juin 2013, Maître Yacouba Kone, avocat à la Cour, agissant au nom et pour le compte des héritiers de feu Mamadou Traoré, saisissait la cour d'un recours en révision dirigé contre l'arrêt n° 101 rendu le 17 mai 2013 par la section administrative dans une procédure ayant opposé ses clients aux héritiers de feu Bourama Traoré. Aux dires du conseil des requérants, l'arrêt querellé procède d'une non application et d'une fausse application de la loi par la Cour.<sup>104</sup> Dans son recours, il reproche que, par le jugement n° 407 en date du 18 octobre 2012 le Tribunal administratif de Bamako ait eu à annuler la requête des héritiers de feu Bourama Traoré, le transfert effectué le 24 février 1960 par le service des domaines au profit de feu Mamadou Traoré (leur auteur) relativement à la concession à usage d'habitation sise à Médina-Coura

---

<sup>102</sup> CE, ass. 4 mars 1955, Dame Sticotti, *Rec.* 131. Voir aussi A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de Droit administratif*; 7<sup>e</sup> édition, Campus LMD, p. 390

<sup>103</sup> A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de Droit administratif*; 7<sup>e</sup> édition, Campus LMD, p. 391.

<sup>104</sup> CS-Mali, arrêt n° 101 du 17 mai 2013. Voir aussi CS-Mali, arrêt n° 003 du 23/01/2014



Bamako et objet du P.O n° 586/35 du 1<sup>er</sup> janvier 1935.<sup>105</sup> Que sur leur appel, la Cour a, par l'arrêt n° 101 en date du 17 mai 2013, confirmé le jugement entrepris. Et qu'en procédant comme tel, l'arrêt n° 101 du 17 mai 2013 a procédé d'une non application, d'une fausse application de la loi. Cependant, les requérants reprochent à l'arrêt querellé d'avoir bâti sa motivation autour d'un jugement d'hérédité établi en 2006 au profit des héritiers de feu Bourama Traoré, lequel fait de celui-ci le seul héritier de feu Koudougou Traoré, frère aîné de leur auteur Mamadou Traoré et propriétaire initial du P.O. en cause alors même que le mode d'accession à l'héritage tel qu'il est conçu aujourd'hui n'est pas le même que celui qui prévalait en 1960 où c'est le frère cadet du défunt, et non les enfants de celui-ci, qui héritait.<sup>106</sup>

Sans doute, le présent recours est un recours en révision tendant à rétracter l'arrêt n° 101 du 17/05/2013 de la section administrative. Sur le fondement de l'article 71 de la loi n° 96-071 du 16 décembre 1996, le recours en révision est dirigé contre les arrêts contradictoires de la section administrative dans les cas suivants : si la décision a été rendue sur pièces fausses ; si la partie a été condamnée faute de présenter une pièce décisive retenue par l'adversaire ; s'il y a eu non application de la loi, fausse application ou fausse interprétation de la loi ; si la décision rendue est entachée d'une erreur de procédure non imputable à la partie et qui a affecté la solution donnée à l'affaire.<sup>107</sup>

Le juge administratif constate qu'au soutien de son action le requérant invoque la non application et la fausse application de la loi, mais n'apporte aucune preuve de cette affirmation. Statuant sur les faits, le juge l'a rejeté à cet effet comme mal fondée. Nous dirons, à répétition, conformément à la doctrine que la portée du principe de la régularisation est très étendue. Peu de causes d'irrecevabilité demeurent non corrigibles. Et qu'en revanche, le temps de la

---

<sup>105</sup> CS-Mali, arrêt n° 003 du 23/01/2014. Voir aussi TA, jugement n° 407 du 18 octobre 2012.

<sup>106</sup> CS-Mali, arrêt n° 003 du 23/01/2014.

<sup>107</sup> Article 71 de la loi n° 96-071 du 16 décembre 1996 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême, section administrative, et la procédure suivie devant elle.

correction n'est pas le même dans tous les cas de figure.<sup>108</sup> Sans doute, la régularisation des irrecevabilités poursuit une finalité unique : épurer un recours entaché d'un ou plusieurs vices de présentation.

La régularisation agit en quelque sorte comme une purge. Elle lave la requête de toutes ses impuretés procédurales. La régularisation fait bien plus que neutraliser l'irrégularité. Elle la corrige. Devant la juridiction administrative, les modalités de régularisation sont plurielles. Ce système est une méthode d'ouvrir le prétoire du juge administratif aux justiciables n'ayant pas rempli toutes les conditions au moment d'introduire leurs requêtes. C'est une nouvelle chance accordée aux justiciables dont le recours a été qualifié d'irrecevable, d'accéder au prétoire du juge afin d'accéder à leur droit.

Au-delà des données ci-dessus, d'autres facteurs empêchent les justiciables d'accéder au juge administratif. En plus des irrecevabilités des recours, malgré la création récente des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel dans certaines villes du Mali et du Burkina Faso, l'éloignement des juridictions administratives de certains justiciables notamment, ceux des villes n'abritant pas de juridictions, ne garantit pas l'égal accès des citoyens à la justice. La photographie du système juridictionnel malien nous montre un dualisme non effectif du fait de l'insuffisance des ressources humaines et financières non pour couvrir tout le territoire avec des juridictions administratives, mais aussi pour rendre fonctionnel les juridictions administratives d'appel.<sup>109</sup> Et une doctrine burkinabè propose à cet effet que l'effectivité du dualisme juridictionnel au Mali passe nécessairement par la spécialisation des magistrats en droit du contentieux administratif et l'extension de l'offre de justice administrative aux justiciables.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> A. CLAEYS, « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *JDA*, 23/04/2019, p. 2.

<sup>109</sup> O. OUEDRAOGO, « La crise du système de dualité de juridiction en Afrique francophone : analyse des modèles Burkinabè, malien et sénégalais », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 50.

<sup>110</sup> *Idem*.

On retiendra que le monisme juridictionnel sénégalais entrave l'exercice par certains citoyens de leur droit de faire entendre leur cause devant une juridiction compétente. On fera constater à la suite de M. Babacar Kanté que beaucoup de justiciables sont égarés aux portes de l'unique juridiction ne sachant quel couloir emprunter pour espérer rencontrer le « bon juge », c'est-à-dire le juge compétent.<sup>111</sup> L'égarement des justiciables dans les dédales des tribunaux s'explique par la difficulté de définition de la matière administrative. On peut remarquer qu'à un moment donné la jurisprudence sénégalaise est marquée par un nombre considérable de rejets motivés par la saisine d'un juge incompétent, favorisé par la saisine d'un juge incompétent. Il conviendrait alors, d'affiner davantage les règles de la compétence administratives pour diminuer le nombre de rejets motivés par la saisine de la juridiction incompétente. Cela va permettre aux justiciables d'accéder facilement au prétoire du juge administratif et de voir leurs contentieux tranchés par ce dernier.

En définitive, nous reprenons une doctrine burkinabè pour dire que le fonctionnement des modèles d'organisation dualiste des juridictions burkinabè et malien ou du modèle sénégalais de dualisme juridique démontre que la mise en œuvre du dualisme en Afrique n'offre pas encore les garanties du procès équitable pour les citoyens. En effet, son analyse révèle que les systèmes dualistes existants dans ces pays souffrent d'anomalies qui obstruent les voies de réalisation du droit pour tout citoyen à un procès équitable. Aussi, on peut ajouter que ces insuffisances peuvent affecter qualitativement la mission protectrice du juge administratif des administrés dans la gestion des contentieux administratifs.

Or, parmi les critères d'efficacité de tout système juridique, la capacité à garantir l'égalité des citoyens devant la loi, c'est-à-dire d'assurer un accès équitable à la justice à tous les citoyens, un droit d'accès au juge et un droit d'accès au droit est un élément fondamental. Et ces droits ne seront garantis que lorsque les recours des administrés sont recevables par un juge. Aussi, la régularisation

---

<sup>111</sup> *Ibid.* Voir aussi B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, thèse, Orléans, 1983, p. 267

des recours déclarés irrecevables constituent une seconde chance aux administrés d'accéder au juge et au droit. Et il faut dire que les conditions personnelles, temporelles et matérielles de recevabilité conservent bien une force obligatoire et contraignante. On constate qu'en plus de la procédure de régularisation de certaines irrecevabilités, le législateur malien, sénégalais et burkinabè a raccourci le délai du jugement en instaurant des mesures d'urgences appelées référés qui fera l'objet de notre analyse dans un second temps. Ce nouveau système accorde au juge certains pouvoirs pour protéger efficacement et rapidement les droits des administrés.

## II. Une évolution dans les procédures d'urgence

Pour commencer, il est important de savoir que faire pour que le juge administratif malien, sénégalais et burkinabè réponde efficacement aux besoins de justices exprimés par les administrés. Les aspirations des citoyens à la liberté, à la démocratie, au renforcement de l'Etat de droit les poussent à développer des attentes en vue de disposer de juridictions garantissant rapidement et efficacement leurs droits.<sup>112</sup> Ainsi, il faut attendre parfois trois ans pour voir le Conseil d'Etat rendre une décision. Cette lenteur dans le traitement des requêtes n'est pas sans conséquence sur la mission dévolue à ces organes, celle de préserver les droits des citoyens. Par exemple, dans un contentieux opposant le Sieur Soumaila BAH et le ministère de l'Emploi et de la Formation professionnelle en matière de recours pour excès de pouvoir, le Sieur BAH avait formulé sa requête dirigée contre la décision n° 03-01241/MEFP-DNFPP-DR-1 du 7 août 2003 du ministre du Travail et de la Fonction publique et c'est le 31 janvier 2008 que la Cour suprême a rendu sa décision.<sup>113</sup> Donc, à travers ces

---

<sup>112</sup> Voir le protocole sur la démocratie et la libre gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité signé à Lomé le 10 décembre 1999, en ligne ([www.eisa.org.za/pdf/ecowas2001protocol1.pdf](http://www.eisa.org.za/pdf/ecowas2001protocol1.pdf), consulté le 10 juin 2017).

<sup>113</sup> Cour suprême du Mali, arrêt n°56 du 14/11/2010.

contentieux on peut constater qu'il y a une marge de durée entre les dates de saisine et celle à laquelle les décisions sont rendues.

Pour protéger efficacement et rapidement les administrés dans le contentieux administratif, le législateur malien, sénégalais et burkinabè a instauré un système de raccourcissement du délai de jugement avec l'instauration des référés administratif comme nouvelle mesure de protection des administrés dans le contentieux administratif. On peut le constater au Sénégal à travers la loi organique n°2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême et au Burkina-Faso à travers la loi n° 010-2016/AN du 26 avril 2016 sur les Cours administratives d'appel et la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs.

La technique des référés peut devenir le nouveau mécanisme de contournement de l'arbitraire de l'administration. Ceci a interpellé le législateur qui cherche à adapter la justice administrative à son temps pour éviter que continue l'injustice administrative.<sup>114</sup> Et en règle générale, le référé semble devenir aussi un nouveau métier pour le juge administratif qui doit, par ce mécanisme, contribuer à protéger grandement les droits fondamentaux.<sup>115</sup>

Ces réformes permettront-elles réellement de renforcer l'efficacité de l'action du juge administratif dans la protection des administrés ? A la première réaction, on dira que le législateur organique de ces pays vise un double objectif : d'une part, il entend reconnaître aux citoyens le droit de saisir le juge pour faire cesser dans les plus brefs délais et à titre provisoire les décisions administratives ou les comportements et actes des autorités publiques remettant en cause soit leurs intérêts, soit les libertés fondamentales ; d'autre part, il

---

<sup>114</sup> A.-J. ADELOUI, « Le procès administratif des droits de l'homme en Afrique », in *Mélanges en l'honneur du Pr Demba Sy, Droit administratif*, Presse Universitaire de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 121.

<sup>115</sup> C. MONEMBOU, « Le droit administratif au-delà de l'Etat. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Mélanges en l'honneur du Pr Demba Sy, Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 110.

entend placer le juge des référés au cœur de l'action de l'administration en ce sens qu'il pourra suspendre des décisions administratives, ordonner des mesures à appliquer, constater des faits survenus selon les situations en cause.<sup>116</sup>

Sans doute une doctrine africaine trouvait que désormais l'administration était suffisamment « armée » face à l'administré mais il ne faut pas oublier qu'elle ne doit utiliser qu'au strict minimum indispensable ses prérogatives, on avait mis l'accent sur la nécessité de reconnaître des droits et garanties nouveaux à l'administré face à l'administration. Il s'agira de trouver l'équilibre entre la nécessité de reconnaître des droits importants à l'administration tout en assurant au maximum la protection des droits des administrés face à celle-ci. Pour ce faire, il faut de nos jours raccourcir le délai de jugement en Afrique en instituant les référés comme nouvelles mesures de protection des administrés dans le contentieux administratif.

Des réformes sont faites dans le système judiciaire au Mali, au Sénégal et Burkina Faso depuis leur accession à l'indépendance jusqu'à nos jours. Reste à savoir si le prix payé n'est pas bien trop élevé puisque la réforme n'a pu se réaliser au Sénégal, au Burkina Faso, au Mali et en France que par un très large recours au juge unique et par la possibilité de renoncer aux conclusions du Rapporteur public.<sup>117</sup> C'est pourquoi, nous analyserons, d'une part, un juge des référés autonomes investi, et d'autre part, un juge protecteur efficace et rapide des droits et libertés des administrés.

---

<sup>116</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *op. cit.*, p. 15.

<sup>117</sup> Voir P. M. SAWADOGO, « Burkina Faso : la réforme législative de 2016 renforce-t-elle l'office du juge administratif burkinabè ? », 30/08/2017, [www.lavoixjuriste.com](http://www.lavoixjuriste.com) (29/12/2020). Voir aussi B. STIRN, « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007

### ***A. Un juge des référés autonome investi***

Un juge des référés autonome investi mais investi par qui ? De nos jours, on constate dans la pratique africaine que le juge administratif tient ses pouvoirs du législateur.<sup>118</sup> Un juge unique, spécial est ainsi investi pour protéger efficacement et rapidement les droits des administrés. En Afrique, le droit au délai raisonnable est encore illusoire : des arrêts sont rendus plusieurs années après la saisine : c'est le cas de l'arrêt Balle rendu par le juge vingt ans après les faits et dix ans après l'introduction du recours<sup>119</sup> ou carrément après le décès des requérants comme au Gabon où le requérant Ango Jean-Pierre n'a pu voir la fin de son affaire.<sup>120</sup>

Face à certaines situations d'urgences, on constate que le juge administratif était impuissant pour s'autosaisir contrairement au juge judiciaire qui a le pouvoir de s'autosaisir en cas de crime. L'intervention du législateur pour instaurer le référé reconforte le juge administratif dans la protection des administrés dans le contentieux. Par exemple au Sénégal, on serait même tenté de dire que dans ce pays, le législateur est, à l'image du juge administratif français, le maillon fort du système à qui il revient la tâche de trouver les réponses aux questions que soulèverait l'application du droit administratif à l'administration. Le juge sénégalais ne jouerait à ce

---

<sup>118</sup> On constate que l'organisation, le fonctionnement des juridictions administratives et la procédure suivie devant elles sont toujours prévus par la loi. Elles tiennent ses attributions du législateur.

<sup>119</sup> Cour suprême du Bénin, arrêt n° 004/CA du 17 février 2000, BALLE Janvier c/Etat béninois. Voir aussi A.-J. AELOUI, « Le procès administratif des droits de l'homme en Afrique », in *Mélanges en l'honneur de D. Sy, Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p.115.

<sup>120</sup> Cour suprême du Gabon, Arrêt Ango Jean-Pierre c/Etat gabonais du 30 avril 2010. Voir aussi A.-J. ADELLOUI, « Le procès administratif des droits de l'homme en Afrique », in *Mélanges en l'honneur de D. Sy, Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 121.

titre qu'un rôle secondaire consistant à faire application des solutions dégagées par le législateur.<sup>121</sup>

Il était imminent de faire des aménagements dans le contentieux à cet effet pour investir le juge administratif des nouveaux pouvoirs afin de protéger efficacement les droits des administrés. Ainsi, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale.<sup>122</sup> Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures<sup>123</sup>, par exemple quand le juge des référés de la Cour suprême a été saisi d'une demande tendant à faire connaître un avantage pécuniaire à un requérant, il s'est déclaré incompétent parce qu'il considère qu'un tel recours relève « du plein contentieux dévolu, en premier ressort, au Tribunal de grande instance, juge de droit commun en la matière, et ne peut, par conséquent, être porté devant le juge de l'excès de pouvoir ».<sup>124</sup>

Toujours dans le système africain, on peut dire que le législateur sénégalais, malien et burkinabè a accordé au juge administratif des Cours certains pouvoirs dans la protection des administrés. Au Sénégal, on constate que le Tribunal de grande instance est exclu du référé de contentieux de pleine juridiction et sont confiés à la Cour suprême. Et cette exclusion du tribunal de grande instance fait l'objet de débat. Mais, il faut noter que des pouvoirs peuvent accroître

---

<sup>121</sup> S. M. B. NIANG, *Unité de juridiction et contentieux administratif contractuel au Sénégal*, Mémoire de DEA, présenté et soutenu à l'Université Gaston Berger de Saint Louis (Sénégal), 2013-2014, p.52

<sup>122</sup> F. TAP, « Port du masque obligatoire devant le Conseil d'État : la neutralisation du pouvoir de police des maires dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire », *La BaseLextenso*, LPA du 26 juin 2020, n° 154b6, p. 1.

<sup>123</sup> Voir l'article L. 521-2 du Code de justice administrative français.

<sup>124</sup> CS, ord. Réf. n° 9 du 8 juin 2017, l'E.B.G.E.T c/ l' A.R.M.P. et la mairie de Golf Sud [N° affaire J/051/RG/17 du 10/02/17] inédit. Voir aussi Mouhamadou Moustapha AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *op. cit.*, p. 6.



l'efficacité de l'office du juge administratif dans ces pays. Récemment au Burkina Faso, le législateur a adopté la loi organique n° 032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant composition, organisation, attributions, fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui, la loi n° 010-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Cours administratives d'appel et la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs. Ces réformes ont institué des nouvelles voies de recours tels la tierce opposition et le recours en interprétation mais aussi des nouveaux pouvoirs au juge.<sup>125</sup> L'exercice de ces voies de recours par les justiciables pourrait permettre au juge de garantir davantage la protection de leurs droits. Et l'article 48 de la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs institue une nouvelle procédure d'urgence appelée référé administratif qui pratiquement mentionnée dans toutes les lois relatives aux juridictions administratives. Et de manière concrète, les justiciables peuvent recourir à trois types de référé à savoir le référé-suspension<sup>126</sup>, le référé-liberté et le référé-provision.

Sans doute, le juge est-il alors investi de la mission de rendre effective cette volonté du législateur d'assouplir la possibilité accordée à tout justiciable invoquant des moyens plausibles d'obtenir soit la suspension de l'exécution d'une décision administrative soit le prononcé de mesures tendant à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.<sup>127</sup> A cet effet, une doctrine burkinabè disait que le traitement diligent constitue une exigence absolue qui s'impose aussi bien à l'administration active qu'à la juridiction administrative. Avec la soif de justice réaffirmée après l'insurrection populaire des 30 et 31 octobre 2014, l'administré ne peut accepter la lenteur souvent excessive ou le manque d'empressement de la Haute juridiction

---

<sup>125</sup> Voir les art. 39 et 43 de la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs.

<sup>126</sup> Le référé administratif qui comprend le référé-suspension vient remplacer le sursis à exécution qui n'était invocable que lorsqu'un recours est pendant devant la Cour.

<sup>127</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique (Afrilex)*, publié en janvier 2019, p. 15.

administrative notamment. En matière de sursis à exécution, les Tribunaux administratifs rendent généralement leurs décisions dans un délai d'un mois alors que le Conseil d'État attend souvent trois mois sinon plus avant de statuer<sup>128</sup>. Et l'affaire du journal *Évènement* c/ Conseil supérieur de la communication en est une parfaite illustration. Le jugement ordonnant le sursis à exécution de la décision de suspension de parution du *Journal l'Évènement* du 19 février 2016 au 18 mars 2016 est intervenue suivant jugement n° 037 du 3 mars 2016 pour une requête introduite le 22 février 2016.<sup>129</sup> De même, dans le contentieux ordinaire, les Tribunaux administratifs statuent en moyenne dans un délai d'une année. Par exemple, pour une requête introduite en juillet 2002, le Tribunal administratif de Bobo-Dioulasso a rendu sa décision le 10 janvier 2003. L'appel a été formé le 5 mars 2003 devant le CE pour un arrêt de confirmation devant intervenir le 14 juin 2005.

Ainsi, il faut attendre parfois trois ans pour voir le Conseil d'État rendre une décision. Cette lenteur dans le traitement des requêtes n'est pas sans conséquence sur la mission dévolue à ces organes, celle de préserver les droits des citoyens. Selon Venant Ouedrao, ancien premier président, une durée anormalement excessive dans la prise de décision conduit le Conseil d'État à prononcer des décisions de non-lieu ou à déclarer les requêtes sans objet<sup>130</sup>.

Et dans le système judiciaire burkinabè, on peut constater un changement considérable dans le délai de traitement des dossiers à travers l'article 51 de la loi n° 010-2016/AN-RM du 26 avril 2016 sur les Cours administrative d'appel<sup>131</sup> et l'article 55 de la loi n° 011-

---

<sup>128</sup> D. T. YONLI, « Vers une juridictionnalisation des décisions administratives », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 90.

<sup>129</sup> CE-Burkina-Faso, arrêt le 18 mars 2016, *journal Évènement* c/ Conseil supérieur de la communication. Voir aussi D. T. YONLI, « Vers une juridictionnalisation des décisions administratives », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 89.

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 010 dispose que : « Il est créé au siège de chaque Cour d'appel de l'ordre judiciaire une Cour administrative d'appel ». Dorénavant, l'ordre administratif burkinabè est composé de trois juridictions

2016/AN du 26 avril 2016 portant sur les Tribunaux administratifs qui prévoient un délai de traitement d'un mois maximum en matière de référé administratif.<sup>132</sup>

Des dispositions rassurantes sont également prises pour une meilleure protection des droits des administrés. Par exemple au Burkina Faso, l'article 34-al.2 de la loi n° 011/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs dispose, à cet effet, qu' : « en cas d'inexécution d'une décision devenue exécutoire, rendue par une juridiction administrative contre l'Etat ou ses démembrements, les personnes physiques en charge des diligences nécessaires pour cette exécution peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée devant le Conseil d'Etat ». On peut dire que la consécration d'une telle responsabilité peut permettre de par son effet dissuasif de surmonter les retards ou les réticences de l'administration en matière d'exécution des décisions de justice.<sup>133</sup>

Au Sénégal, les mêmes dispositions sont prises également pour protéger les droits des administrés. Une doctrine révèle que les administrés ne sont, en général, admis à saisir directement la Cour suprême qu'en matière de recours pour excès de pouvoir.<sup>134</sup> Avec la mise en application du droit de l'urgence, cette règle est atténuée. Le référé administratif remodèle ainsi la structure du contentieux administratif en ce sens qu'il rapproche les requérants de la Cour. Mais la concentration du référé au niveau de la juridiction suprême

---

à savoir le Conseil d'Etat, les Cours administratives d'appel et les Tribunaux administratifs.

<sup>132</sup> Voir la loi organique n° 010-2016/AN du 26 avril 2016 sur les Tribunaux administratifs et la loi organique n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 sur les Cours administratives d'appel.

<sup>133</sup> Voir P. M. SAWADOGO, « Burkina Faso : la réforme législative de 2016 renforce-t-elle l'office du juge administratif burkinabè ? », 30/08/2017, [www.lavoixjuriste.com](http://www.lavoixjuriste.com) (29/12/2020).

<sup>134</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique (Afrilex)*, publié en janvier 2019, p. 7.

implantée dans la capitale et éloignée des justiciables n'y habitant pas, renforce les inégalités d'accès à la justice.<sup>135</sup>

Toujours pour faciliter l'accès à la justice, le procès dans un délai raisonnable, le législateur sénégalais a constaté que le temps est venu d'aménager une procédure accélérée qui doit permettre au juge de prendre rapidement les mesures conservatoires afin de pallier la longueur des instances mais, en retour, il décide de faire reposer sur un seul magistrat tous les recours des référés.<sup>136</sup> L'article 83 de la loi organique de 2017 sur le statut de la Cour prévoit qu'est juge des référés, le premier président de la Cour suprême ou le magistrat qu'il désigne à cet effet.<sup>137</sup>

Il faut souligner que certaines doctrines trouvent que ces réformes au Mali, au Burkina Faso et au Sénégal sont discutables. Le juge administratif français peut faire des injonctions adressées à l'administration. Par exemple, dans un contentieux opposant le maire de Sceaux et la Ligue des droits de l'homme sur le port d'un « dispositif de protection buccal et nasal » pour tous les « déplacements dans l'espace public des personnes de plus de dix ans » ; cette dernière a saisi le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise d'un référé-liberté, aux fins d'obtenir la suspension de l'arrêté municipal pris le 6 avril 2020 par le maire.<sup>138</sup> A la suite de cette requête, par ordonnance du 9 avril 2020, le Tribunal administratif a suspendu l'arrêté du maire du Sceaux, estimant notamment que l'obligation générale du port d'un masque de protection n'était nullement justifiée par des circonstances locales particulières et portait atteinte à la liberté d'aller et venir ainsi qu'à la liberté individuelle des citoyens de la commune. Le maire de Sceaux a interjeté appel devant le Conseil d'État, avec l'intervention de l'association Coronavictimes pour contester la suspension de son arrêté.

---

<sup>135</sup> *Idem.*

<sup>136</sup> Loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême instituant le référé dans le contentieux administratif au Sénégal.

<sup>137</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *op. cit.*, p. 9.

<sup>138</sup> *Ibid.*

Cependant, le Conseil d'Etat étant saisi, a tranché par ordonnance du 17 avril 2020 en confirmant la suspension de l'arrêté du maire de Sceaux, rendant obligatoire le port du masque dans sa commune.<sup>139</sup> En exigeant des « raisons impérieuses liées aux circonstances locales » et en veillant à ce que soient préservées « la cohérence et l'efficacité » des mesures nationales. En revanche, le juge africain, plus précisément, celui du Mali, du Sénégal et du Burkina Faso n'ont pas ce pouvoir ou ne l'exercent pas. Par exemple, le gouvernement burkinabè a instauré le confinement sous le silence du juge avec la fermeture des lieux publics, des frontières terrestres et aériennes.<sup>140</sup> Les déplacements sont limités, toutes les activités étaient commerciales suspendues. La population avait suivi avec beaucoup de rigueur et ces mesures ont finalement été violées par la population à cause de la crise économique. Malgré ces défaillances, le juge administratif burkinabè n'est pas intervenu pour ordonner au gouvernement d'assouplir certaines mesures, ou déterminer les conditions d'application, et les dérogations accordées à certaines restrictions.<sup>141</sup>

Plusieurs décisions ont été prises par le Conseil d'Etat français après certain encadrement des conditions de confinement. Et même le déconfinement est encadré par le Conseil d'Etat dans sa décision du 18 mai 2020. Dans cette ordonnance, le juge des référés-libertés recommande à l'Etat de cesser la surveillance par drone dans le but de contrôler le respect des règles de sécurité sanitaire applicables à la période de déconfinement aussi longtemps qu'un arrêté n'encadre pas

---

<sup>139</sup> CE, 17 avr. 2020, n° 440057.

<sup>140</sup> Voir aussi I.D. SALAMI, « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin (1990-2010) », *Revue Béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 25, année 2011, p. 137.

<sup>141</sup> M.M. SANGARE, L'impact de la Covid19 sur l'ordre constitutionnel : réflexion sur le rôle du juge africain dans la protection des libertés fondamentales », *Les Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et Science Politique*, Vol. 3, n° 2, 2020, p. 17.

cet usage ou d'un dispositif n'est pas mise en place afin d'empêcher l'identification des personnes filmées.<sup>142</sup>

On constate que ces décisions de la haute juridiction, auxquelles notre analyse a porté, ne sont pas les seules qui ont montré que le juge de l'administration française est incontournable dans la gestion de cette crise sanitaire. Contrairement à celui du Mali, du Sénégal et du Burkina Faso, il n'est pas intervenu courant cette période de crise sanitaire covid 19 pour protéger les libertés et les droits fondamentaux des administrés. Il n'a pas fait d'injonction adressée au pouvoir exécutif pour encadrer l'exercice de ses pouvoirs exceptionnels et fixer les conditions d'application de la loi instaurant l'état d'urgence dans les différents Etats. Le juge administratif africain doit exploiter les principes généraux d'un droit africain dans ses décisions.

### ***B. Un juge protecteur efficace et rapide des droits et libertés des administrés***

Tout d'abord, il faut noter, d'une part, que le juge administratif n'est pas l'unique juge habilité à s'occuper des questions des droits de l'homme. Son office entre parfois en collision avec d'autres juges qui ne sont pas moins compétents. C'est le cas notamment des juges internes et communautaires qui peuvent être amenés à protéger les droits de l'homme en empiétant parfois sur les compétences du juge administratif.<sup>143</sup> D'autre part, le juge doit recourir à des techniques d'interprétation des textes qui lui permettent d'orienter sa jurisprudence vers une meilleure protection des droits des administrés. A ce titre, le dépassement de l'interprétation littérale par

---

<sup>142</sup> CE., ord., 18 mai 2020, n° 440442. Voir aussi M.M. SANGARE, « L'impact de la Covid 19 sur l'ordre constitutionnel : réflexion sur le rôle du juge africain dans la protection des libertés fondamentales », *Les Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et Science Politique*, Vol. 3, n° 2, 2020, p. 18.

<sup>143</sup> C. MONEMBOU, « Le droit administratif au-delà de l'Etat. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Mélanges en l'honneur de D. Sy, Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 115.

l'usage des techniques d'interprétation téléologique, axiologique et systémique peuvent lui assurer un tel rôle ; chose qui est à vérifier par une analyse de sa jurisprudence.

Désormais, dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif demeure compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision, adresser des injonctions à l'administration et réparer le préjudice.<sup>144</sup> Ainsi, il doit user de son pouvoir normatif en recourant aux principes généraux du droit qui reconnaissent et garantissent un certain nombre de droits aux administrés. On s'interroge ici sur le recours à la technique des PGD par le juge malien, burkinabè et sénégalais. Le fait-il dans le sens de mieux protéger les administrés ou de garantir l'ordre public (principes d'égalité, de liberté, droit de grève, etc.) ? La conception que le juge a de ces principes renseigne sur l'orientation de sa jurisprudence.<sup>145</sup>

Tout d'abord, on peut dire que les principes généraux du droit apparaissent comme des normes jurisprudentielles créées par le juge administratif le plus souvent mais aussi le cas échéant par la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs. Ils bénéficient d'une reconnaissance expresse du juge qui leur attribue une certaine place

---

<sup>144</sup> T. confl., 9 déc. 2013, *Panizzon c/ commune de Saint-Palais-sur-Mer, Lebon* 376. Voir aussi A. MAURIN, *Droit administratif*, édition Dalloz, Aide-Mémoire, 2018, p. 208.

<sup>145</sup> Il ne s'agit ni des principes à valeur constitutionnelle, catégorie générique mise en œuvre par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi et qui, le plus souvent, se rattachent directement au texte constitutionnel lui-même ; ni des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qui sont des principes issus *a priori* de textes législatifs et auxquels le juge constitutionnel, voire le Conseil d'État donnent une valeur constitutionnelle, en se fondant sur les dispositions du préambule de 1946 ; ni des principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution, principes écrits aussi qui interviennent pour déterminer la compétence du législateur. Voir P.L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Précis Domat, Droit Public, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, p. 126.

dans la hiérarchie des normes et les fait bénéficier d'une réelle permanence.<sup>146</sup>

Surtout, il est important de souligner que le principe général du droit se distingue avec d'autres catégories de principes. Et une doctrine française souligne qu'il y a plusieurs principes dans l'ordre juridique français, et les principes généraux du droit, au sens que leur donne le juge, ne doivent pas être confondus avec ceux-ci. Dans la pratique contentieuse africaine, le droit français influence beaucoup.

Une doctrine française disait que les principes généraux du droit concourent à la garantie de l'égalité et à la protection des libertés et des droits fondamentaux, avec de multiples déclinaisons dans des domaines spécifiques, et cela conformément à la philosophie politique de chaque pays.<sup>147</sup> Et le juge administratif français l'a non seulement créé mais se réfère régulièrement aussi de ces principes pour protéger efficacement les droits des administrés dans le contentieux. Et en cette période de Covid19, le juge administratif français s'est montré déterminé dans la protection des droits et des libertés contrairement à son homologue africain.

Ainsi à l'analyse d'une jurisprudence du Conseil d'Etat français, le juge administratif a procédé à une hiérarchisation par rapport à d'autres droits et libertés en période de crise sanitaire de la Covid19. On peut dire que ce sont les principes généraux du droit qui l'ont permis d'établir cette hiérarchisation des droits et libertés. Et il établit implicitement une double hiérarchie au sein des manifestations de la liberté de religion elle-même et vis-à-vis d'autres droits et libertés, renforçant ainsi son caractère fondamental. Par exemple, le Conseil d'État soulignant que les interdictions applicables à d'autres établissements recevant du public concernent des activités qui « ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes »<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> P.L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Précis Domat, Droit public, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, p. 126.

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> CE, 4 avr. 2020, n° 439816, inédit : JurisData n° 2020-005980.



Il y a donc des libertés moins fondamentales que d'autres, notamment que la liberté de culte. Tel est le cas sans doute de la liberté d'entreprendre (débits de boisson, restaurants, salles d'exposition). C'est moins évident pour la liberté d'expression (salles de spectacles), la hiérarchisation renvoyant ici à une jurisprudence décriée de la Cour européenne.<sup>149</sup> Toutefois, ce n'est qu'en vertu du contexte mortifère qu'une telle distinction, provisoire, peut être acceptable. Par ailleurs, plus que la liberté elle-même, c'est le lieu de son exercice qui est valorisé.<sup>150</sup> Cet exercice de la liberté nous rappelle d'un recours en référé-liberté demandant au juge administratif français d'enjoindre au Gouvernement de prendre des mesures plus sévères en période Covid19 et de mettre à sa charge des obligations positives, notamment la « mise en place dans chaque hôpital ou clinique d'une télé-cérémonie funéraire pour les proches d'un patient décédé du coronavirus et une prise en charge des frais funéraires par l'État », fut aussi rejeté en l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale résultant de l'action ou de la carence de la personne publique mise en cause.<sup>151</sup>

Le constat a révélé que l'exercice des référés, comme le référé-liberté, le référé-suspension, n'est pas effectif. Alors que plusieurs actes administratifs adoptés pour lutter contre la Covid19 affectent certains droits des administrés. Ces lacunes dans l'aménagement du contentieux sont constatées en cette période de Covid19 où certains droits fondamentaux ont fait l'objet de restriction sans que le juge de référé-liberté n'intervienne. Par exemple, l'obligation de porter les masques ne doit pas affecter considérablement certaines libertés

---

<sup>149</sup> CEDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger institut c/Autriche* : série A n° 295-A.

<sup>150</sup> G. GONZALEZ, « Coronavirus - Covid19 : le Conseil d'État au chevet de la liberté de culte », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 24, 15 juin 2020, 717, p. 3.

<sup>151</sup> CE, 4 avr. 2020, n° 439816, inédit : JurisData n° 2020-005980. Voir aussi M.M. SANGARE, « L'impact de la Covid19 sur l'ordre constitutionnel : réflexion sur le rôle du juge africain dans la protection des libertés fondamentales », *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série droit et science politique, Vol. 3, n° 2, 2020, p. 24.

individuelles comme la liberté d'aller et venir.<sup>152</sup> Dans le contexte africain, on peut dire que ces mesures ne sont pas bien encadrées par le juge administratif. Alors que les pouvoirs publics ont instauré lesdites mesures. Au Cameroun, en Tunisie, au Burkina Faso, en Côte-d'Ivoire, au Sénégal, au Mali entre autres, l'exécutif a imposé le port des masques dans les services publics, dans les lieux publics. Le juge administratif devrait prendre une ordonnance pour encadrer ces mesures et attirer l'attention des pouvoirs politiques sur la nécessité de préserver les droits et libertés.<sup>153</sup>

On peut également constater que les particuliers (individus et personnes morales) n'ont pas saisi le juge administratif pour formuler des recours contre certains actes administratifs adoptés pour lutter contre la Covid19. Aussi, le juge n'est pas intervenu alors qu'il aurait pu encadrer le port des masques en fixant les conditions d'utilisation.

A travers les doctrines françaises et africaines, on peut remarquer que les principes d'égalité sont des éléments essentiels dont leur respect par l'administration garantirait certains droits fondamentaux des administrés. Le Conseil d'État a ainsi consacré le principe d'égalité comme principe général du droit sous toutes ses formes : égalité devant la loi, égalité d'accès au service public, égalité dans la tarification des services publics, égalité dans le versement des prestations sociales, égalité d'accès aux emplois publics ce qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe, sur les opinions politiques et impose des obligations nombreuses, notamment quant au principe et à l'organisation des concours, etc.<sup>154</sup>

L'arrêt n° 12 du 29 juin 2000 du Conseil d'Etat sénégalais pose le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public, consacré dans des textes de nature différente, et que le jury a violé.<sup>155</sup> On peut imaginer que le Conseil d'Etat du Sénégal a analysé d'autres principes avant d'adopter cette solution. La question qui se pose à ce niveau : le

---

<sup>152</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> CE-Sénégal, arrêt n° 12 du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat.

principe de l'égal d'accès des citoyens à un emploi public résulte-t-il de la découverte du juge et peut-il en tant que principe général du droit, avoir une valeur infra-législative et supra-décrétale ou bien s'agit-il d'un principe qui a une valeur hautement constitutionnelle ? Sans doute, le juge administratif sénégalais, dans l'affaire de l'ANHMS, a sanctionné l'appréciation du jury qui a estimé que l'infirmité dont le sieur Fadiya est atteint, n'est pas incompatible avec la fonction d'enseignant. Le juge n'a pas trouvé nécessaire de rappeler que le jury a violé les textes<sup>156</sup> ayant un statut constitutionnel ou qu'il s'agit de la violation des principes généraux du droit. On peut lire dans sa décision est prise conformément aux principes généraux du droit car le principe égal d'accès à un emploi public a été longtemps appliqué sans texte c'est-à-dire un principe général du droit et place pour cette raison au faute de la hiérarchie des normes juridiques, parmi les sources non écrites de la légalité administrative.<sup>157</sup>

Le juge administratif sénégalais a usé de ses pouvoirs normatifs<sup>158</sup> pour ordonner l'annulation de la décision du jury avait disqualifié le sieur Fadiya conformément à l'article 12 de l'arrêté n° 5558 du 15 juin 1995 portant création du projet des volontaires de l'éducation et fixant les conditions de sélection, de formation et de prises en charge des volontaires de l'éducation de base.<sup>159</sup> Il faut ajouter aussi que de nombreux principes généraux du droit consacrent les libertés et droits fondamentaux tels que la liberté du commerce et d'industrie ou le respect de la personne humaine.

---

<sup>156</sup> Parlant des textes, on peut citer la convention n° 111 de l'OIT en matière d'emploi et de profession, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966.

<sup>157</sup> Voir M. NGAIDE, « Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe d'égal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n°12) », *Revue électronique Afrilex*, n° 03, 2003, p. 12.

<sup>158</sup> Car sa décision est motivée sur la base des principes généraux du droit.

<sup>159</sup> L'article 12 de l'arrêté n°5558 du 15 juin 1995 dispose : « ... qu'en cas d'infirmité notoire, incompatible avec la fonction d'enseignant, le candidat est éliminé et remplacé immédiatement par le candidat suivant sur la liste d'attente ».

On peut dire que les principes généraux du droit créés par le juge administratif en partie permettent à celui-ci de faire face aux urgences ou faire des injonctions adressées à l'administration. A propos des injonctions adressées à l'administration, une ordonnance est rendue par le juge français des référés-libertés<sup>160</sup> le 22 mars 2020. A l'analyse de cet arrêt, on peut souligner que cette ordonnance rendue par le juge des référés s'interroge sur la représentation classique de l'horlogerie juridique en temps de circonstances exceptionnelles.<sup>161</sup> Cette décision du Conseil d'Etat avait pour objet d'encadrer les conditions de confinement de la population instauré par le gouvernement français pour empêcher la propagation du virus corona. Un chercheur français dans le commentaire de cet arrêt trouve que le Conseil d'État semble s'immiscer dans le pré-carré du gouvernement en participant à la régulation normative de la crise.<sup>162</sup> Le juge des référés-libertés estime que le confinement mis en place jusqu'ici n'est pas assez strict en même temps qu'il est trop ambigu, du moins sur certains de ses aspects. Par le détour d'un triple injonction, la haute juridiction impose alors au gouvernement de

---

<sup>160</sup> On peut définir le référé-liberté comme une procédure qui permet de saisir en urgence le juge administratif, lorsqu'on estime que l'administration (Etat, collectivité, établissements publics) porte atteinte à une liberté fondamentale (liberté d'aller et venir, liberté de déplacement, droit au respect de la vie privée et familiale...). Cependant, le juge des référés a des pouvoirs étendus : il peut suspendre une décision de l'administration ou lui ordonner de prendre des mesures particulières. Pour cela, il doit pouvoir établir, d'une part, qu'il y a urgence à statuer, d'autre part, que l'administration par ses actions ou son inaction a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge porte son appréciation sur ce point compte tenu des mesures déjà prises par l'administration et des moyens dont elle dispose. Le juge des référés rend ses décisions en principe sous 48 heures.

<sup>161</sup> M. BARTOLUCCI, « Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid19 », *LPA* 17 juillet 2020, n° 154b5, p. 1.

<sup>162</sup> *Idem.* Voir aussi S. FALL, « Le juge administratif sénégalais et la protection des droits et libertés », in D. SY, *Droit administratif*, L'Harmattan-Sénégal, 2021, p. 117 et A.B. FALL, « Les nouvelles tendances du droit administratif en Afrique », troisièmes rencontres de Dakar, *Presses de l'université Toulouse I Capitole*, 2018, p. 85.

retravailler le décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements quotidiens.<sup>163</sup>

En somme, le juge des référés sénégalais, burkinabè a suffisamment de lacunes en matière de référé administratif. Il n'est pas actif et même audacieux comme son homologue français qui va jusqu'à s'immiscer dans les actes du gouvernement, s'autosaisir pour contrôler les actes administratifs en période de Covid19 afin de les encadrer en fixant les conditions d'application des décrets, des lois dans la lutte contre la pandémie. Le constat révèle que le juge des référés malien, sénégalais et burkinabè se sont peu intéressés à l'encadrement des pouvoirs exceptionnels, des décrets et des lois.<sup>164</sup> Et leurs actions ne protègent pas suffisamment les administrés et ne créent pas de droits à travers ses décisions pouvant renforcer sa légitimité ou et influencer le législateur. Pour fixer les conditions d'application des textes juridiques pour empêcher la propagation de la pandémie ou de lutter contre la pandémie, le juge des référés a fait des injonctions à l'administration. Des recommandations que cette dernière a prises en compte dans l'adoption de ses textes.

Il ne sera pas un protecteur efficace des administrés, s'il n'est pas actif et ne saisit pas l'occasion de renforcer ses pouvoirs normatifs, ou s'il ne l'exerce pas ou n'exploite le principe général du droit afin de protéger efficacement et rapidement les droits des administrés. Surtout que le juge est confronté souvent à des contentieux compliqués, confus et les textes ne régissent pas clairement certains litiges.

\*

\* \*

---

<sup>163</sup> *Idem.*

<sup>164</sup> Voir M.M. SANGARE, « L'impact de la Covid19 sur l'ordre constitutionnel : réflexion sur le rôle du juge africain dans la protection des libertés fondamentales », *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série Droit et Science Politique, Vol. 3, n° 2, 2020, p. 28-29.

En définitive, l'évolution du contentieux en Afrique est remarquable mais constitue une mutation lacunaire. Alors que le nombre de contentieux ne cesse d'augmenter. Le contentieux malien, sénégalais et burkinabè s'est pourtant enrichi d'une nouvelle voie de recours ces dernières années. Théoriquement, elle est susceptible de préserver les droits garantis aux particuliers et ainsi de renforcer le principe de légalité auquel l'administration est soumise.<sup>165</sup> Et pour protéger efficacement et rapidement les administrés dans le contentieux administratif, le législateur malien, sénégalais et burkinabè a instauré un système de raccourcissement du délai de jugement avec l'instauration des référés administratif comme nouvelles mesures de protection des administrés dans le contentieux administratif. On peut le constater au Sénégal à travers la loi organique n° 2017-09 du 17 janvier 2017 sur la Cour suprême et au Burkina-Faso à travers la loi n° 010-2016/AN du 26 avril 2016 sur les Cours administratives d'appel et la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 relative aux Tribunaux administratifs.

Théoriquement, les administrés ont droit à un accès facile au prétoire du juge administratif et d'obtenir du juge un contentieux tranché dans un délai raisonnable, rapide et efficace. Des obligations de traitement diligent des dossiers s'imposent aux membres des organes de régulation de la même manière qu'il est demandé aux juges de traiter les dossiers dans un délai raisonnable : les administrés, devenus citoyens avec des droits qu'il faut respecter<sup>166</sup> ou traités comme usagers-clients<sup>167</sup> exigent une meilleure qualité dans l'offre des services publics. De nombreux auteurs proposent des règles de procédure contentieuse écrite, inquisitoire, secrète, dépourvue d'effet

---

<sup>165</sup> M. M. AIDARA, « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *op. cit.*, p. 21.

<sup>166</sup> H. ZEGHBIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RDP* 1998, p. 478. Voir aussi D. T. YONLI, « vers une juridictionnalisation des décisions administratives », *Op. Cit.*, p.81.

<sup>167</sup> J. CHEVALLIER, « Les transformations de la réalité administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n° 200-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *RFDA* 2000, p. 577 et s.

suspensif, collégialité des juridictions, impartialité, égalité des armes, publicité auxquelles viennent s'ajouter loyauté, dialogue et célérité. Et une doctrine sénégalaise trouve qu'il faut renforcer l'oralité dans la procédure administrative contentieuse. Et d'ailleurs, la loi organique dans son article 89 dispose que : « Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire qui peut être écrite ou orale. ». A travers cette disposition, on comprend que l'oralité dans le contentieux administratif est prévue par le législateur.

A ceux-ci s'ajoutent les conditions de recevabilité des recours qui sont déterminées par le législateur. Malgré tout, certains recours sont mal formulés et sont jugés irrecevables par le juge. Dans la procédure contentieuse, le législateur a autorisé le juge à régulariser certains recours jugés irrecevables pour plus de libéralisme dans la fonction protectrice du juge administratif.<sup>168</sup> Dont ce dernier est chargé de contrôler les actes administratifs. Et certains actes peuvent porter atteintes aux droits des administrés. Il peut même infliger des sanctions pécuniaires à l'administration.

Dans la pratique contentieuse, on peut constater une timidité dans les réactions du juge administratif malien, sénégalais et burkinabè en la matière. Surtout, le juge des référés est un juge statuant seul et qui est invité à se prononcer dans les plus brefs délais sur des mesures qui touchent à la liberté des personnes ou à leurs biens, souvent édictées dans le cadre de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Certaines doctrines sénégalaises et burkinabè disaient, à cet effet, que la protection des administrés dans le contentieux est illusoire pour certains et lacunaire pour d'autres. Le constat révèle de nos jours que très peu d'arrêts sont rendus par le juge des référés. Alors que le référé est une nouvelle technique, rapide et efficace, qui tente d'instaurer un jugement ou un arrêt rendu dans un délai raisonnable. Certes, c'est une méthode de raccourcis de délai et des pouvoirs sont attribués au juge unique des référés pour faire des injonctions à l'administration. Il faut noter que pour ce qui est du référé-liberté, il

---

<sup>168</sup> Voir André MAURIN, *Droit administratif*, Aide-Mémoire, édition Dalloz, 2018, p. 208.

faut apporter la preuve de l'urgence, alors que cela n'est plus le cas pour le référé-suspension.<sup>169</sup>

---

<sup>169</sup> Voir M. KAMAL-GIRARD, «Contester une décision de mise à l'isolement devant le juge des référés : une voie sans issue ?», *AJDA*, 20/12/2020, p. 3.



## BIBLIOGRAPHIE

### I. Les ouvrages et les articles

- ADELOUI A.-J., « Le procès administratif des droits de l'homme en Afrique », in *Mélanges en l'honneur du Pr Demba Sy, Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 121.
- AIDARA M. M., « Référé administratif et unité de juridiction au Sénégal », *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique (Afrilex)*, publié en janvier 2019, p. 1.
- BARTOLUCCI M., « Le pouvoir d'injonction du juge administratif revisité par les circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire du Covid19 », *LPA* 17 juillet 2020, n° 154b5, p. 1.
- BOUSQUET J., « L'application des clauses de règlement des différends du contrat administratif illégal », *AJDA*, 2020, p. 4.
- CAILLE P., *Contentieux administratif, Première Partie, Titre I, Chapitre I, L'organisation de la juridiction administrative : Revue générale du droit on line*, 2017, numéro 27545 ([www.revuegeneraledudroit.eu/?p=27545](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=27545))
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, Tome 1, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 1993, p. 623.
- CLAEYS A., « La régularisation des irrecevabilités devant le juge administratif », *JDA*, 23/04/2019, p. 2.
- FISCHER B., *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 soutenue publiquement le 2 décembre 2011, p. 146.
- FRIER P.L., J. PETIT, *Droit administratif*, Précis Domat, Droit Public, 12<sup>e</sup> édition, 2018-2019, p. 126 et 590.
- GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Dalloz, 21<sup>e</sup> édition, 2015, p. 36.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Thèse pour le Doctorat d'Etat, présentée et soutenue publiquement le 13 mai 1971 à

l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II) ; p. 89.

-GOHIN O., *Contentieux administratif*, LexisNexis, 6<sup>e</sup> édition, 2009, p. 1.

-GONZALEZ G., « Coronavirus - Covid19 : le Conseil d'État au chevet de la liberté de culte », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 24, 15 juin 2020, 717, p. 3.

-GUYOMAR M., B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Hypercours, 2014, p. 268.

-KANTE B., *Unité de juridiction et droit administratif*, l'exemple du Sénégal, thèse, Orléans, 1983, p. 267

-LACHAUME J. F., *Droit administratif*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, 1980, p. 11.

-LAFaix J.-F., « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *A propos des contrats des personnes publiques*, in *Mélanges Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 367.

-LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Tome deuxième, 1989, p. 128.

-MAURIN A., *Droit administratif*, édition Dalloz, Aide-Mémoire, 2018, p. 201.

-MONEMBOU C., « Le droit administratif au-delà de l'Etat. Réflexions sur les transformations récentes du droit public dans les Etats d'Afrique noire francophone », in *Mélanges en l'honneur du Pr Demba Sy*, *Droit administratif*, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, Copyright et diffusion : 2020, ISBN : 978-2, 2020, p. 110.

-MORAND-DEVILLER J., P. BOURDON, FPOULET, *Droit administratif : Cours, Thèmes de réflexion, Commentaires d'arrêts, Note de synthèse*, 15<sup>e</sup> édition, 2017, p. 784.

-N'GAIDE M., «Le Conseil d'Etat du Sénégal et le principe de légal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n° 12) », *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 1.

-NIANG S. M. B., *Unité de juridiction et contentieux administratif contractuel au Sénégal*, Mémoire de DEA, présenté et soutenu à l'Université Gaston Berger de Saint Louis (Sénégal), 2013-2014, p. 52.

- OUEDRAGO O., « La crise du système de dualité de juridiction en Afrique francophone : analyse des modèles Burkinabè, malien et sénégalais », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 44.
- PACTEAU B., *Manuel de contentieux administratif*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, 2006, Paris, p. 15.
- PEISER G., *Contentieux administratif*, Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, 1999, p. 152.
- SALAMI I.D., « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin (1990-2010) », *Revue Béninoise des sciences Juridiques et administratives*, n° 25, année 2011, p. 137.
- SANGARE M.M., « L'impact de la Covid19 sur l'ordre constitutionnel : réflexion sur le rôle du juge africain dans la protection des libertés fondamentales », *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série Droit et Science Politique, Vol. 3, n° 2, 2020, p. 17.
- SAWADOGO P. M., « Burkina Faso : la réforme législative de 2016 renforce-t-elle l'office du juge administratif burkinabè ? », 30/08/2017, [www.lavoixjuriste.com](http://www.lavoixjuriste.com) (29/12/2020).
- SECK P.O. (dir.), « La modernisation de la justice au Sénégal : une perception manifeste », *ELJA*, Dakar, 2017, p. 127.
- STIRN B., « Juge des référés, un nouveau métier pour le juge administratif », in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007.
- SY D., *Droit administratif*, L'Harmattan-Sénégal, 2<sup>e</sup> édition revue, corrigée et augmentée, 2014, p. 112-132.
- TAP F., « Port du masque obligatoire devant le Conseil d'État : la neutralisation du pouvoir de police des maires dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire », *La BaseLextenso*, LPA du 26 juin 2020, n° 154b6, p. 1.
- VAN LANG A., G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de Droit administratif*; 7<sup>e</sup> édition, Campus LMD, p. 391.
- VEDEL G., P. DELVOLVE, *Droit administratif 2*, Thémis Droit, PUF, 1<sup>ère</sup> édition, mise à jour 1990, p. 30.
- WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, 2020, p. 702.

-YONLI D. T., « Vers une juridictionnalisation des décisions administratives », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 53, 2<sup>e</sup> semestre 2017, p. 90.

## II. Les jurisprudences

- CS-Mali, arrêt n° 002 du 14 janvier 2016.
- CS-Sénégal ; arrêt n° 01 du 24/01/2019.
- CS-Sénégal, arrêt n° 01 du 24/01/2019.
- CE-Burkina-Faso, arrêt le 18 mars 2016, *journal Évènement c/ Conseil supérieur de la communication*.
- CE-France, Arrêt Blanco du 8 février 1873.
- Cour Suprême-Mali, arrêt n° 004 du 14/01/2016.
- CS-Mali, arrêt n° 007 du 10/10/2013.
- CS-Mali, arrêt n° 042 du 07/03/2013.
- CS-Mali, arrêt n° 004 du 14/01/2016.
- CS-Mali, arrêt n° 376 du 30/06/2016.
- CS-Mali, arrêt n° 006 du 14 janvier 2016.
- CE-Sénégal, 25 août 1993, professeur Iba Der Thiam.
- CE, 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges.
- CE-Sénégal, arrêt rendu le 29 juin 2000, Association des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat.
- CE-France, 4 août 1905, Martin.
- CE-France, Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele.
- CS-Sénégal, arrêt rendu le 27 mai 1981, Aboubacar Sylla.
- CS-Mali, arrêt n° 004 du 14 janvier 2016.
- CE-France, 28 déc. 2005, Ville Lille, *Lebon* 1071.
- CS-Mali, arrêt n° 002 du 12/01/2012.
- CE-Sénégal, arrêt n° 12 du 29 juin 2000.
- CE-France, 5 oct. 1977, Secrétaire d'État Culture, *AJDA* 1978. 106.
- CE-France, sect., 11 févr. 2005, Marcel, *Lebon* 57.
- CE-France., 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 21 oct. 2020, n° 443327.
- CE-France., Ass., 13 juil. 2016, n° 3877763.
- CE-France., 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 12 oct. 2020, n° 429185.
- CE-France, 19 décembre 2008, *Époux Montmeza*, n° 297716, T.
- CE, Sect., 30 mars 1973, David, n° 80717, *Rec.*

- CS-Mali, Section administrative, arrêt n° 002 du 23/01/2014.
- CE, ass. 4 mars 1955, Dame Sticotti, *Rec.* 131.
- CS-Mali, arrêt n°101 du 17 mai 2013.
- TA, jugement n°407 du 18 octobre 2012.
- Cour Suprême du Mali, arrêt n° 56 du 14/11/2010.
- Cour suprême du Bénin, arrêt n° 004/CA du 17 février 2000, *BALLE Janvier c/Etat béninois*.
- Cour suprême du GABON, arrêt *Ango Jean-Pierre c/Etat gabonais* du 30 avril 2010.
- CS, ord. Réf. N° 9 du 8 juin 2017, *l'E.B.G.E.T c/ l' A.R.M.P. et la Mairie de Golf Sud* [N° affaire J/051/RG/17 du 10/02/17] inédit.
- CE-France, 17 avr. 2020, n° 440057.
- CE., Ord., 18 mai 2020, n° 440442.
- T. confl., 9 déc. 2013, *Panizzon c/ commune de Saint-Palais-sur-Mer, Lebon* 376.
- CE, 4 avr. 2020, n°439816, inédit : JurisData n° 2020-005980.
- CEDH, 20 sept. 1994, n° 13470/87, *Otto-Preminger institut c/Autriche* : série A n° 295-A
- CE, 4 avr. 2020, n° 439816, inédit : JurisData n° 2020-005980.
- CE-Sénégal, arrêt n° 12 du 29 juin 2000, *Association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat*.



**LA REVOCATION DES ELUS LOCAUX DANS LE DROIT DE LA  
DECENTRALISATION DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE  
FRANCOPHONE**

**Eric SIMO,  
Ph.D en droit public,  
chargé de cours à la Faculté des sciences juridiques et politiques,  
Université de Yaoundé II (Cameroun)**

**Résumé :** *La valse des révocations des élus locaux dans les Etats d'Afrique noire francophone ces dernières années amène l'analyste à questionner le sens de ce procédé juridique dans le droit de la décentralisation. Après analyse, il en ressort qu'il s'agit d'une mesure disciplinaire visant à préserver l'intérêt général avec, comme conséquence, une faible préservation du statut d'élu local. Autrement dit, elle consiste en une relativisation du statut de l'élu local afin de protéger impérativement l'intérêt général.*

Au concret, dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, si la révocation est instituée dans le but de soumettre les élus locaux au strict respect de l'intérêt général, son usage en tant que procédé induit quant à lui une réelle précarisation du statut dont ils bénéficient. Sur ce dernier point en effet, un peu comme le révèle déjà la pratique, l'étude met en exergue le risque d'instrumentalisation dudit procédé à des fins purement politiques.

**Mots clés :** *Révocation, élus locaux, décentralisation, pouvoir disciplinaire, intérêt général*

Il y a plus d'un demi-siècle, le professeur Prosper Weil faisait observer qu'« un instrument ne vaut que par le but qu'il permet

d'atteindre »<sup>1</sup>. Loin d'être sibylline, cette formule a le mérite de renseigner sur l'intérêt ultime qui devrait caractériser tout procédé juridique sous peine de nous plonger dans l'une des hypothèses du « déclin du droit »<sup>2</sup> dont parlait le doyen Georges Ripert. Il en sera ainsi de l'exercice du pouvoir disciplinaire sur les autorités locales<sup>3</sup> et plus précisément de la possibilité reconnue aux autorités centrales de révoquer les élus locaux car, comme l'a écrit le professeur André de Laubadère, la gestion des affaires locales est « confiée à des organes disposant d'une certaine indépendance par rapport au pouvoir central : les autorités locales sont souvent élues par les membres de la collectivité, leur nomination ou leur révocation ne dépend pas du pouvoir central »<sup>4</sup>. Dès lors, la révocation des élus locaux sonne comme une hérésie. Deux indicateurs confortent le propos liminaire : la proscription du mandat impératif et l'idée de séparation verticale des pouvoirs.

Sur le premier élément, force est de relever que les élus locaux sont des représentants des populations locales<sup>5</sup> et qu'en théorie juridique, la représentation<sup>6</sup> semble incompatible avec le mandat impératif<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Prosper WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Pedone, 1952, p. 6.

<sup>2</sup> Georges RIPERT, *Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, coll. « Reprint », 1998, 225 p.

<sup>3</sup> De manière non exhaustive, voyons Bernard PACTEAU, « Jurisprudence administrative : Jusqu'où peut aller la tutelle disciplinaire sur les maires ? », *La Revue administrative*, 35<sup>e</sup> année, n° 206, 1982, p. 159-164 ; Bertrand SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637 et s. ; Michel VERPEAUX, « Les contrôles sur le maire : mythes et réalités », *Pouvoirs*, 2014/1, n° 148, p. 81-94.

<sup>4</sup> André DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, t. I, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, 1984, p. 92.

<sup>5</sup> A titre indicatif, l'art. 15 de la loi togolaise n° 2019-006 du 26 juin 2019 relative à la décentralisation et aux libertés locales énonce que « la participation des citoyens d'une collectivité territoriale au choix de leurs représentants pour la gestion des affaires de celles-ci est un principe essentiel de la démocratie locale ».

<sup>6</sup> Sur ce concept, on lira avec intérêt, Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2004, 396 p.



Ainsi considère-t-on que la démocratie représentative repose sur la liberté du mandat représentatif<sup>8</sup> et son corollaire qui est l'interdiction du mandat impératif<sup>9</sup>. Sous ce prisme, même la révocation populaire des élus locaux serait une exception à défaut d'être une incongruité. On s'en souvient qu'en date du 7 novembre 2017, le congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe a saisi la Commission de Venise pour lui demander un avis sur la compatibilité du référendum local révocatoire visant à écourter le mandat d'élus locaux avec les normes et les bonnes pratiques internationales<sup>10</sup>. Le rapport qui en a émané a permis de constater qu'il s'agit d'un procédé atypique. C'est le cas au Royaume-Uni où depuis 2015, la procédure du « Recall » permet à une fraction du corps électoral de destituer un membre de la Chambre des communes<sup>11</sup>. Aux Etats-Unis surtout, notamment en Californie, une révocation populaire peut viser tout agent public<sup>12</sup> dès lors qu'il a été élu<sup>13</sup>. Un tel procédé n'a pas été

---

<sup>7</sup> Dans ce sens, pour ce qui est du Cameroun, voyons Giscard NJINGA TCHOUGNIA, *Le mandat des élus au Cameroun. Contribution à l'étude du principe représentatif en droit public camerounais*, thèse droit public, Université de Douala, 2012, 686 p.

<sup>8</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux*, Strasbourg, 22 août 2019, p. 2.

<sup>9</sup> Elle est en effet révolue l'époque où, notamment dans la société féodale et dans la société française d'Ancien Régime, on considérait que « le député ayant reçu mission de représenter une collectivité (...) ne pouvait agir selon sa volonté propre; il était lié par la promesse expresse ou tacite, d'agir en lieu et place de ceux qui l'avaient mandaté par une délégation de pouvoir, au besoin pour une tâche particulière, auquel cas on avait affaire à un mandat impératif ». Cf. Simone GOYARD-FABRE, « L'idée de représentation à l'époque de la Révolution Française », *Études françaises*, 25(2-3), 1989, p. 71–85 (spécialement p.72).

<sup>10</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux*, Strasbourg, 22 août 2019, p. 1.

<sup>11</sup> Charles-Edouard SENAC, « Le contrôle populaire des élus », *La Découverte*, 2020, p. 69.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

retenu en France<sup>14</sup>, ni dans les Etats d’Afrique noire francophone. Ici, la révocation des élus locaux –spécialement visée par l’étude– par le pouvoir central est par contre privilégiée.

Or, avec l’émergence du second élément, la séparation verticale des pouvoirs<sup>15</sup>, on aurait pensé à une parfaite indépendance organique entre les pouvoirs centraux et locaux. Dans le principe en effet, du moment où les seconds ne tiennent pas leur désignation des premiers, ceux-ci ne devraient en connaître de leur révocation. En application de la théorie du parallélisme, sauf disposition expresse, la compétence pour mettre fin aux fonctions d’un agent public appartient de plein droit à l’autorité investie du pouvoir de nomination<sup>16</sup>. Pour contourner cette difficulté, une bonne frange de la doctrine dénie l’existence d’une séparation verticale. Après avoir néanmoins fait observer que le caractère démocratique et donc politique des collectivités territoriales n’est plus discutable aujourd’hui, notamment du fait de l’existence d’une vie démocratique locale fondée sur l’élection des administrateurs territoriaux au

---

<sup>13</sup> En septembre 2021, ce procédé a été utilisé mais sans succès contre le gouverneur de Californie, Gavin Newsom.

<sup>14</sup> Indiquons au passage que la révocation par le peuple peut viser toutes les autorités élues en Bolivie, en Équateur, au Venezuela et à Taiwan. Cf. Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur la révocation populaire de maires et d’élus locaux*, Strasbourg, 22 août 2019, p. 5.

<sup>15</sup> En parlant de la distinction des pouvoirs, après avoir rappelé l’existence des pouvoirs royal, exécutif, représentatif et judiciaire, Benjamin Constant invitait à ajouter le pouvoir municipal. Il s’agit pour lui d’un « pouvoir qu’on a toujours confondu à tort avec le pouvoir exécutif, et qui, dans sa sphère, doit être un pouvoir à part indépendant des autres ». Cf. Benjamin CONSTANT, « Cours de politiques constitutionnelles », in *Cours de politique constitutionnelle*, vol. 1, Genève-Paris, Slatkine, réimpression, 1982, p. 177. Voir également Jean-Philippe DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, Vol. 59, n° 1, 2007, p. 107-140.

<sup>16</sup> CE, ass. 13 mars 1953, Teissier, *R.* 133, *D.* 1953. 735, concl. J. DONNEDIEU DE VABRES. On lira pour plus de précisions Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat. Droit public », 2021, n° 645.

suffrage universel, le professeur Frédéric Sauvageot affirme dans ce sens que l'assimilation des organes exécutif et délibérant des collectivités territoriales à des « pouvoirs » semble difficile<sup>17</sup>. De manière catégorique, Chloé Mathieu considère que « les organes locaux ne relèvent manifestement pas du champ d'application du principe de séparation des pouvoirs et il convient d'écarter l'idée de l'existence d'un pouvoir local et, partant, d'une séparation verticale des pouvoirs »<sup>18</sup>. Au professeur Bertrand Faure d'en conclure que la doctrine de la modération du pouvoir par la création d'un contre-pouvoir local n'a pas prospéré, étant donné que le constituant n'a point élevé ce dernier à la dignité constitutionnelle<sup>19</sup>. Il reconnaît tout simplement aux collectivités locales le droit de s'administrer librement et ce droit n'empêche nullement l'intervention de l'État dans la gestion des affaires locales<sup>20</sup>, puisqu'il conserve « les rôles du pouvoir politique »<sup>21</sup>. Tel serait alors le cas en matière de dissolution des conseils municipaux avec immixtion du pouvoir central dans l'administration locale d'une part et, d'autre part, en matière de révocation des élus locaux<sup>22</sup>.

Pour l'étude, il ne s'agit point d'une séparation verticale du « pouvoir politique », mais de compétences entre des organes distincts et indépendants. À partir de là, on devrait admettre à la suite du

---

<sup>17</sup> Frédéric SAUVAGEOT, « Pouvoir exécutif et pouvoir délibérant dans les collectivités territoriales françaises », *Annuaire des collectivités locales*, t. 21, numéro spéciale, *La démocratie locale*, 2001, p. 26.

<sup>18</sup> Chloé MATHIEU, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse en droit public, Université de Montpellier, 2015, p. 39.

<sup>19</sup> Bertrand FAURE, « Existe-t-il un pouvoir local en droit constitutionnel français ? », *RDP*, 1996, p. 1540.

<sup>20</sup> Ceci a été explicité par le juge constitutionnel français : la procédure de révocation des élus locaux ne viole le principe de la légalité des délits et des peines, ni celui de la libre administration des collectivités territoriales. Cf. CC 13 janvier 2012, QPC, n° 2011-210.

<sup>21</sup> Olivier CARTON, « La dissolution des conseils municipaux par décret en Conseil des ministres : une prérogative étatique discrétionnaire ? », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 68, mai 2011, p. 44.

<sup>22</sup> CE, n° 339145, 23 mars 2011, Becavin et autres.

professeur Michel Troper que « l'indépendance d'un organe n'est pas attachée au fait d'être à l'abri d'une révocation, mais résulte seulement de ce qu'il ne devait pas sa nomination à un autre organe »<sup>23</sup>. Il en résulte une compatibilité de la révocation administrative des élus locaux avec l'idée de décentralisation, car « dès lors qu'une autre personne, même à tout moment révocable et entièrement soumise au chef, se trouve investie d'un pouvoir de concrétiser les lois édictées par le chef, la centralisation est rompue »<sup>24</sup>. Il en va ainsi dans la mesure où, décentraliser consiste à confier l'exercice d'une compétence qui pourrait appartenir aux seuls organes de l'État à plusieurs autorités dont chacune n'a en charge qu'une fraction de la collectivité étatique<sup>25</sup> et sous le contrôle du pouvoir central. À cela, il faut nécessairement ajouter le fait que le maire par exemple, autorité révocable, dispose d'une « double casquette » : il est le chef de l'administration communale décentralisée et le représentant de l'État dans la commune. Dans ce dernier cas de figure, en vertu du principe hiérarchique, parce que « les autorités déconcentrées ne sont jamais que des autorités centralisées »<sup>26</sup>, sa sanction par voie de révocation pose moins de difficultés. En clair, « comme le pouvoir de nommer, le pouvoir de révoquer et, d'une façon générale, de sanctionner est généralement rattaché au pouvoir hiérarchique »<sup>27</sup>. Sauf que cette mesure administrative s'applique également au maire lorsqu'il officie en qualité de représentant de la commune<sup>28</sup>. À ce sujet, le professeur Roger Bonnard explique que : « le pouvoir disciplinaire

---

<sup>23</sup> Michel TROPER, « Les nouvelles séparations des pouvoirs », in Sandrine BAUME et Biancamaria FONTANA (dir.) *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Ed. M. Houdiard, 2008, p. 26.

<sup>24</sup> Otto PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 1996, p. 178.

<sup>25</sup> Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2007, p. 236.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 237.

<sup>27</sup> Laurent RICHER, « La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif », *RDP*, 1979, p. 971.

<sup>28</sup> CE, 23 mars 1955, *Platet*, *Rec.* p. 175.

central est exercé sur le maire non seulement en tant qu'agent de l'Etat, mais aussi en tant qu'agent de la commune. Car, la décentralisation n'exclut pas un certain pouvoir disciplinaire sur les organes décentralisés »<sup>29</sup>.

En tout état de cause, en règle générale, et comme l'avait très tôt indiqué le juge administratif français en 1916 dans la célèbre affaire *Camino*<sup>30</sup>, une faute disciplinaire peut fonder l'édiction de l'acte de révocation à l'égard d'un maire. Le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone épouse cette logique en admettant que « Sans préjudice des sanctions pénales, le maire et le ou les adjoint (s) peuvent, en cas de faute grave, être révoqués par décret pris en Conseil des ministres sur rapport du ministre chargé de la tutelle des collectivités territoriales »<sup>31</sup>. Cependant, si on a pu relever la rareté<sup>32</sup> du recours au procédé révocatoire à l'égard des exécutifs locaux en France<sup>33</sup>, tel n'est point le cas au sein des Etats d'Afrique noire

---

<sup>29</sup> Roger BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1940, p. 378.

<sup>30</sup> CE., 14 janvier 1916, *Camino*, *Rec.* p. 15.

<sup>31</sup> Cf. les art. 63 de l'ordonnance n° 2010-54 du 17 septembre 2010 portant Code général des collectivités territoriales de la République du Niger de 2011 ; 135 de la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des collectivités locales au Sénégal; 225 (1) de la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales au Cameroun ; 272 de la loi n° 055-2004/AN du 21 décembre 2004 modifiée par la n° 012-2018/AN du 21 décembre 2018 portant Code général des collectivités territoriales au Burkina Faso ; 54 de loi n° 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin et 134 de la loi togolaise n° 2019, *op. cit.*

<sup>32</sup> Arthur BRAUN, « Révocation d'un maire: indépendance des procédures disciplinaire et pénale », *Civitas Europa*, 2019/2 n° 43, p. 173-177, spécialement p. 173.

<sup>33</sup> A titre d'exemple, depuis le début de la V<sup>e</sup> République jusqu'en 2019, seuls six maires ont été révoqués de la sorte : Roger WAHNAPO, maire de Lifou, en 1967 ; Raymond CHALVET, maire de Lalevade-d'Ardèche, en 1986 ; Gérard DALONGEVILLE, maire d'Hénin-Beaumont, en 2009 ; Ahmed SOUFFOU, maire de Koungou, en 2012 ; Jean-Paul GOUDOU, maire de Saint-Privat, en 2013 ; Stéphane SCIEZKOWSKI SAMIER, maire d'Hesdin, en

francophone où du fait de l'usage recrudescent du procédé, du moins ces derniers temps<sup>34</sup>, il ne serait pas exagéré de parler de l'improbabilité de la démocratie locale<sup>35</sup>. Il est à peine utile de rappeler que c'est pour construire des sociétés démocratiques que ces derniers Etats ont renoué<sup>36</sup> avec la décentralisation<sup>37</sup> qui emporte comme conséquence, l'élection des organes locaux<sup>38</sup>.

---

2019. Cf. Arthur BRAUN, « Révocation d'un maire : indépendance des procédures disciplinaire et pénale », *op. cit.*, p. 173.

<sup>34</sup> À titre d'exemple, récemment au Niger, plusieurs maires ont été révoqués parmi lesquels: Ibrahim KACHE DAOUDA, maire de la commune de Kenembakaché; Moussa ABDOU, maire de la commune de N'dounga; Boubacar HANEBERY, maire de la commune de Liboré et Assane SEIDOU, maire du Niamey. Précisons que le prédécesseur de ce dernier, en la personne d'Oumarou DOGARI, avait aussi été révoqué, notamment en 2013. En 2019 également, le maire de la commune urbaine d'Agadez, Rhissa FELTOU, a été révoqué. Dans les autres Etats également, comme on peut l'illustrer au Sénégal avec la révocation en 2008 de Mbaye NDIAYE, maire de la commune d'arrondissement des Parcelles Assainies et en 2018 de Khalifa SAL, maire de Dakar ou encore au Cameroun avec la révocation en 2008 de Paul-Eric KINGUE, maire de la commune de Njombé-Penja et en 2006 de Robert ATANGANA, maire de la commune d'arrondissement de Yaoundé VI, cette mesure disciplinaire est utilisée.

<sup>35</sup> Pour reprendre la formule de Michel KOEBEL, *Le pouvoir local ou la démocratie improbable*, Édition du Croquant, coll. « Savoir/Agir », 2005, 125 p.

<sup>36</sup> En effet, comme l'a fait observer le professeur Cyrille Monembou, si « les politiques de décentralisation en Afrique noire francophone sont intimement liées aux revendications démocratiques qui ont provoqué des mutations profondes de l'Etat il y a près de deux décennies », il n'en demeure pas moins vrai, poursuit l'auteur, que la décentralisation a un ancrage historique au sein desdits Etats. Cf. Cyrille MONEMBOU, « Le pouvoir réglementaire des collectivités locales dans les Etats d'Afrique noire francophone (les cas du Cameroun, du Gabon et du Sénégal) », *Revue Cames/SJP*, n° 2, 2015, p. 80. Elle remonte à l'époque de la domination politique où elle se présentait sous les formes de systèmes d'administration directe et indirecte selon que l'on était respectivement dans les colonies françaises ou britanniques. On lira, à titre indicatif: Charles NACH MBACK, « L'institution communale au Cameroun: Difficiles mutations d'un double legs colonial », *Solon, Revue Africaine de Parlementarisme et de Démocratie*, vol. 2, n° 1, 2003, p. 128-154 et Henri Jacques LEGIER, « Institutions municipales et politiques

En général, l'élu local s'entend comme toute personne exerçant un mandat électif au sein d'une collectivité territoriale décentralisée<sup>39</sup>. C'est donc la nature élective du mandat, notamment au moyen du suffrage universel qui confère la qualité d'élu local. Toutefois, il arrive que dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, cette qualité soit reconnue à des personnes désignées de manière non élective. C'est ainsi qu'au Cameroun, il est indiqué que l'élu local exerce « le mandat en qualité de conseiller municipal, conseiller régional, conseiller de la communauté urbaine, membre du conseil syndical, membre des organes des collectivités territoriales représentant le commandement traditionnel et désigné *ex officia* »<sup>40</sup>. Il en va de même au Niger où le législateur, après avoir mentionné que les conseillers régionaux sont élus au suffrage universel direct, libre, égal et secret<sup>41</sup>, ajoute que les sultans, les chefs de provinces, de cantons ou de groupements sont membres de droit du conseil régional<sup>42</sup>. Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, dans le cadre de la présente réflexion, la notion d'élu local sera *stricto sensu*

---

coloniales : les communes du Sénégal », *Revue française, d'histoire d'outre-mer*, t. 55, n° 201, 4<sup>e</sup> trimestre, 1968, p. 414-464.

<sup>37</sup> Sur le lien entre la démocratie et la décentralisation, voyons particulièrement Serge REGOURD, « De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique », *RDP*, 1990, p. 961 et s. Pour des données pratiques, on pourra consulter le « Rapport des Cités et Gouvernements Locaux Unis », mené sous la direction du professeur Gérard MARCOU, *La décentralisation et la démocratie locale dans le monde, Premier rapport mondial*, 2008, 354 p et relativement à l'Afrique, on lira Charles NACH MBACK, *Démocratisation et décentralisation. Genèse et dynamiques comparées des processus de décentralisation en Afrique subsaharienne*, Paris, Karthala, 2003, 528 p.

<sup>38</sup> Demba SY, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., Dakar, CREDILA / L'Harmattan, 2014, p. 171.

<sup>39</sup> Art. 115 de la loi portant Code général de la décentralisation au Cameroun.

<sup>40</sup> Art. 115 de la loi portant Code général de la décentralisation au Cameroun.

<sup>41</sup> Art. 100 de l'ordonnance portant Code général des collectivités territoriales, *op. cit.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, art. 101. Tel n'est pourtant pas le cas au Burkina Faso où l'art. 147 de la loi du 21 décembre 2004 modifiée précise que l'organe délibérant, le Conseil régional notamment, est élu au suffrage universel.

envisagée, pour ainsi désigner toute personne désignée au moyen du suffrage universel en vue de statuer comme représentant des populations locales au sein d'une collectivité territoriale décentralisée donnée<sup>43</sup>. La notion de révocation qui est au cœur de cette étude impose une telle limitation. Elle s'applique exclusivement à l'exécutif local<sup>44</sup> et parfois extraordinairement aux membres de l'organe délibérant de ladite collectivité. Dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, cette dernière éventualité est observable au Niger<sup>45</sup> et au Sénégal<sup>46</sup>.

Au sens ordinaire du mot, la révocation désigne l'action de révoquer<sup>47</sup>. Dans le langage purement juridique, spécialement en droit privé<sup>48</sup>, il s'agit d'un acte unilatéral par lequel celui qui avait confié une mission à une personne met fin à cette mission, soit pour des motifs déterminés, soit *ad nutum*<sup>49</sup>. Cette dernière conception ne

---

<sup>43</sup> Cf. par exemple les art. 92 de la loi sénégalaise de 2013, 166 et 199 de la loi camerounaise de 2019.

<sup>44</sup> En effet le principe du mandat impératif s'applique davantage à l'organe délibérant. Cf. Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur la révocation populaire de maires et d'élus locaux*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>45</sup> Ici, tout un conseiller régional peut être révoqué par arrêté du ministre chargé de la tutelle des collectivités territoriales. Cf. art. 123 de l'ordonnance de 2010 précitée. Plus intéressant est la possibilité reconnue au pouvoir central de révoquer par décret tout conseiller municipal : lorsque le comportement d'un conseiller municipal « met gravement en cause les intérêts de la collectivité sur la base des faits précis qualifiés comme tels par le conseil et après rapport circonstancié du représentant de l'Etat, il peut être révoqué par décret pris en Conseil des ministres ». cf. art. 42 de l'ordonnance de 2010 précitée.

<sup>46</sup> Il est clairement dit que tout conseiller départemental peut être révoqué par décret. Cf. art. 59 de la loi de 2013, *op. cit.*

<sup>47</sup> *Le Petit Larousse illustré*, 1997, p. 689.

<sup>48</sup> Voyons à titre indicatif André AKAM AKAM, « La cessation des fonctions des dirigeants des sociétés commerciales en droit OHADA », *Afrilex*, mars 2009, p.1-20 et Bérenger Yves MEUKE, « Brèves réflexions sur la révocation des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA », *Revue Juridique Tchadienne*, n° 12, 2007.

<sup>49</sup> CA Abidjan arrêt n° 1176 du 24 août 2001. Dans les sociétés anonymes par exemple, il est de règle générale et constante que le conseil d'administration peut, à tout moment, et sans avoir à donner de justification mettre fin aux



correspond guère au sens retenu en droit public pour au moins trois raisons. Ici, les motifs sont prédéterminés<sup>50</sup> ; l'acte en lui-même est nécessairement motivé et il n'émane pas forcément de l'autorité de désignation<sup>51</sup>. En droit de la fonction publique où la notion est davantage usitée<sup>52</sup>, il s'agit d'une mesure disciplinaire consistant en l'exclusion d'un fonctionnaire des cadres de l'administration avec ou non suspension de ses droits à pension<sup>53</sup>. En droit de la décentralisation, la révocation est perçue comme une mesure disciplinaire prise à l'égard de l'élu local par le pouvoir central<sup>54</sup>. En d'autres termes, il s'agit d'une sanction destinée à contraindre l'élu local à se soumettre à ses obligations<sup>55</sup>. Le droit de la décentralisation qui l'encadre s'entend ici comme l'ensemble des règles ayant pour objet les collectivités locales<sup>56</sup>. Au sein des Etats d'Afrique noire francophone, il diffère légèrement. Pour avoir tous été soumis à la

---

fonctions du directeur général. La révocation *ad nutum*, spécifiquement, traduit la possibilité pour les actionnaires ou associés de révoquer les dirigeants sociaux, sans préavis, ni précision de motifs, ni indemnités. Cf. Voyons Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2018, p. 831.

<sup>50</sup> C'est ainsi par exemple, que jusqu'à une certaine période, toute grève dans la fonction publique était considérée comme illicite, ce qui justifiait la révocation du fonctionnaire et son remplacement immédiat CE 7 juill. 1909, Winkell, R. 826 et 1296, concl. TARDIEU.

<sup>51</sup> Voir la note 17.

<sup>52</sup> On lira Francis DELPEREE, *L'élaboration du droit disciplinaire de la Fonction Publique*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 85, 1969, 256 p.

<sup>53</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 831.

<sup>54</sup> En réalité, elle peut aussi être la matérialisation d'une sanction pénale. En effet, il est donné de distinguer deux formes de révocation des élus locaux : la révocation populaire et la révocation institutionnelle. Cette dernière connaît deux variantes que sont la révocation administrative et la révocation juridictionnelle.

<sup>55</sup> Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2007, p. 267.

<sup>56</sup> Yves PICOT, *Droit de la décentralisation et des collectivités locales*, Paris, Independently published, 2020, 174 p. ; Renan LE MESTRE, *Droit des Collectivités territoriales*, Paris, Gualino, 2004, 560 p. et Michel VERPEAUX, *Le droit des Collectivités territoriales*, Paris, PUF, 2008, 328 p.

même domination politique, ces Etats partagent en commun une culture juridique. Cela n'exclut pas pour autant la présence de quelques spécificités comme en témoigne d'emblée, la catégorie de collectivités locales retenues en leur sein : commune<sup>57</sup>, région<sup>58</sup> et département<sup>59</sup>.

L'échantillonnage constitué du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, du Niger, du Sénégal et du Togo rend compte de ce rapprochement juridique lorsqu'on examine la révocation des élus locaux. Au plan pratique, une telle étude est de nature à renseigner les élus locaux sur le régime juridique ainsi que sur les voies de contestation qui accompagnent cette mesure administrative. Au plan théorique, celle-ci entretient un lien étroit avec l'Etat de droit. Au fait, les magistrats locaux ont l'obligation de se soumettre au respect du

---

<sup>57</sup> Consacrée dans tous les Etats sous étude, la commune est une collectivité locale, une personne morale de droit public. Elle est constituée d'un conseil municipal et d'un exécutif ayant à sa tête le maire assisté par des adjoints. Tous sont préalablement élus au suffrage universel. Cf. art. 71 de la loi sénégalaise de 2013 *op. cit.*, 164 de la loi camerounaise de 2019 précitée, 17 et s. de la loi burkinabé 2004 précitée... Il est à préciser qu'il existe à côté de la commune dans certains Etats, une communauté urbaine dont l'organe exécutif est constitué du maire de la ville et de ses adjoints. Leur régime disciplinaire n'ayant pas été précisé, ils ne seront pas envisagés dans la présente étude. Voyons dans ce sens les art. 244 à 246 de la loi camerounaise de 2019 précitée.

<sup>58</sup> La région est une collectivité locale constituée d'un organe délibérant à savoir le Conseil régional et d'un organe exécutif appelé président du Conseil régional. Elle est également consacrée dans l'ensemble des Etats sous étude : art. 48 et suivant de la loi togolaise de 2019 précitée, art. 3 de l'ordonnance nigérienne de 2010 précitée, art. 15 et suivants de loi burkinabé 2004 *op. cit.*

<sup>59</sup> Spécialement prévu au Sénégal comme collectivité locale, le département est administré par un Conseil départemental élu au suffrage universel direct et le président du Conseil départemental est l'organe exécutif du département Cf. art. 20 loi sénégalaise de 2013 précitée. Aussi, précise ladite loi, « (...) les présidents, vice-présidents et tout autre conseiller départemental, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par un arrêté du Ministre chargé des collectivités locales et pour un temps qui n'excède pas un mois et qui ne peut être porté à trois mois que par décret. Ils ne peuvent être révoqués que par décret ». Voir les art. 34 et 59 de la loi précitée.

droit et « c'est la communauté étatique tout entière qui, par priorité, a intérêt au respect par les agents de tous les devoirs »<sup>60</sup> qui les incombent. Aussi, si la doctrine n'a pas manqué de s'intéresser à la sanction administrative des élus locaux, dans la plupart des cas, l'attention a été réduite soit à un Etat<sup>61</sup>, soit aux exécutifs municipaux<sup>62</sup>. Or, sur ce dernier aspect, convient-il de préciser que dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, l'application d'une telle mesure n'est point réductible aux exécutifs locaux, encore moins aux organes communaux<sup>63</sup>. L'approche globale comporte le mérite de mieux renseigner sur les effets de la révocation, vu que dans certains Etats, même en dehors de l'hypothèse d'une condamnation devenue définitive<sup>64</sup>, cette mesure disciplinaire met un terme au mandat d'un membre de l'organe délibérant<sup>65</sup>.

Dans l'optique de mieux cerner ce procédé juridique, il est opportun de se poser la question de savoir : *en quoi consiste la révocation des élus locaux dans le droit de la décentralisation des Etats*

---

<sup>60</sup> Charles DE VISSCHER, cité par Francis DELPEREE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>61</sup> Martin Gérard PEKASSA NDAM, « La cessation anticipée de fonctions des organes municipaux au Cameroun », in Maurice KAMTO, Stéphane NDOUMBE BILLE et Brusil Miranda METOU (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Marie Bipoum Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 233-265.

<sup>62</sup> Arouna NGAPOUT, *La cessation administrative de fonctions des organes communaux en Afrique francophone*, thèse en droit public, Université de Yaoundé II, 2019, 455 p.

<sup>63</sup> Sur ces différents aspects, voyons les notes 46, 47 et 59 de la présente étude.

<sup>64</sup> Allusion faite à la révocation d'office ou de plein droit qui intervient lorsqu'un élu local est condamné pour crime. Voyons à titre indicatif les art. 64 de l'ordonnance nigérienne et 135 de loi sénégalaise de 2013.

<sup>65</sup> L'exemple sénégalais est à cet égard topique : « La révocation emporte, de plein droit, la perte du mandat de conseiller municipal et l'inéligibilité aux fonctions de conseiller jusqu'à la fin du mandat, à dater du décret de révocation, à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux ». cf. 136 de la loi de 2013. Voir également l'art. 63 de l'ordonnance nigérienne de 2010 où il est précisé que « la révocation emporte la qualité de conseiller municipal ».

*d'Afrique noire francophone* ? La double mobilisation des énoncés juridiques et de la pratique administrative permet de formuler l'idée selon laquelle la révocation consiste en *une relativisation du statut de l'élu local afin de protéger impérativement l'intérêt général*. En parcourant en effet le droit de la décentralisation des Etats sous étude, force est de constater qu'au moyen de la révocation, il est question de soumettre l'élu local au strict respect de l'intérêt général, nonobstant l'ampleur du statut dont il est bénéficiaire.

Cette idée s'articule doublement autour d'*une soumission nécessaire de l'élu local au respect de l'intérêt général (I)* et d'*une préservation précaire du statut de l'élu local (II)*.

### **I. Une soumission nécessaire de l'élu local au respect de l'intérêt général**

La révocation est comme une épée de Damoclès pesant sur la tête des élus locaux. Sa simple institutionnalisation a vocation à leur rappeler l'obligation qui leur incombe de respecter l'intérêt général. C'est en cela qu'elle se présente comme une technique de soumission des mandataires locaux à l'observation de cette dernière exigence, faute de quoi, sanction est prononcée par l'autorité centrale<sup>66</sup> qui, contrairement aux entités décentralisées qui réalisent un but local, poursuit un but universel<sup>67</sup>. La mesure disciplinaire qui en résulte ne se confond donc pas avec la révocation non fautive ou découlant d'une situation de fait<sup>68</sup>. De ces considérations, l'acte de révocation est

---

<sup>66</sup> C'est dans ce sens qu'on a pour habitude de définir la tutelle comme « l'ensemble des pouvoirs limités accordés par la loi à une autorité supérieure sur les agents décentralisés et sur leurs actes dans un but de protection de l'intérêt général ». Cf. Roland MASPETIOL et Pierre LAROQUE, *La tutelle administrative, le contrôle des administrations départementales, coloniales et des établissements publics*, Paris, Sirey, 1930, p. 10.

<sup>67</sup> Louis LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000, p. 366 et s.

<sup>68</sup> Au Burkina Faso, l'art. 278 de la loi précitée mentionne clairement qu'« il peut être mis fin aux fonctions du maire et/ou de adjoints au maire, en cas de maladie prolongée de plus d'un an, les rendant inaptes à l'exercice de leurs fonctions, par décret pris en Conseil des Ministres ». Il en va de même de la

prononcé si et seulement s'il y a atteinte à l'intérêt général dont la dualité mérite d'être relevée (A) avant de s'appesantir sur l'unicité de l'acte en question du point de vue de son édicteur (B).

**A. La dualité de l'intérêt général protégé par la mesure révocatoire**

La révocation des élus locaux n'a de sens qu'en cas d'atteinte à l'intérêt général. Elle permet d'empêcher qu'ils ne deviennent nuisibles à l'intérêt général<sup>69</sup> qu'on retrouve à des niveaux variables de l'organisation administrative<sup>70</sup>. En parcourant les textes régissant la décentralisation dans les Etats sous étude, bien que n'étant pas fixée de manière exhaustive, la liste des motifs justifiant la révocation des élus locaux obéit à cette logique. Après examen, ils peuvent être révoqués pour atteinte soit à l'intérêt public local (1), soit à l'intérêt public national (2).

*1. Une mesure de sauvegarde de l'intérêt public local*

De considération classique, « la tutelle administrative tendrait à sauvegarder l'intérêt général plus que celui de l'institution décentralisée »<sup>71</sup>. Une telle affirmation demeure d'actualité au plan contemporain avec l'extension des formes de contrôle de l'Etat sur les

---

révocation en cas d'existence d'une situation d'incompatibilité au mandat d'élu local. Il en va de même dans les autres Etats sous étude comme on peut l'illustrer avec l'art. 55 de la loi sénégalaise de 2013 précitée ou encore l'art. 51 de la loi béninoise de 1999 *op. cit.*

<sup>69</sup> Roland MASPETIOL et Pierre LAROQUE, *La tutelle administrative... op. cit.*, p. 276. Voir également Jacques MOREAU, Gilles DARCY (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation*, Paris/Marseille, Economica/PUAM, 1984, p. 50.

<sup>70</sup> Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2015, p. 250.

<sup>71</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 408.

collectivités locales<sup>72</sup>. L'action punitive de l'administration<sup>73</sup> qui captive notre attention exprime en réalité un pouvoir qui n'est ni hiérarchique, ni tutélaire, mais exactement disciplinaire<sup>74</sup>. Celui-ci permet à bien des égards à l'Etat de s'assurer que les organes décentralisés n'agissent à l'encontre de l'intérêt des populations locales et donc, de l'intérêt public local. Il ne saurait y aller autrement vu que la décentralisation, bien que reposant sur l'élection qui est considérée à juste titre comme « la technique par excellence qui assure l'autonomie des organes chargés de la gestion des intérêts en question »<sup>75</sup>, ne désengage pas l'Etat de son obligation d'assurer le bien-être de l'ensemble de ses citoyens. C'est ainsi qu'en droit français, il est rappelé que « les personnes titulaires d'un mandat électif local (...) exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts »<sup>76</sup>.

Le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone autorise l'Etat à révoquer les élus locaux en cas d'atteinte à l'intérêt public local<sup>77</sup>, c'est-à-dire lorsque leurs actions ou inactions préjudicient les besoins des populations locales. Pour parvenir à une telle affirmation, il convient de bien analyser les actes justifiant la révocation des élus locaux au sein desdits Etats. Au Togo par exemple, il est mentionné que « la révocation du maire ou, le cas échéant, d'un adjoint intervient dans les cas suivants : détournement des fonds publics ; concussion et/ou corruption, emprunts d'argent

---

<sup>72</sup> Pascal COMBEAU (dir.), *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2007, 345 p.

<sup>73</sup> Martin Gérard PEKASSA NDAM, « La cessation anticipée de fonctions des organes municipaux au Cameroun », *op. cit.*, p. 265.

<sup>74</sup> Bertrand SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *op. cit.*, p. 1639.

<sup>75</sup> Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, p. 641.

<sup>76</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

<sup>77</sup> Sur la notion d'intérêt public local, voyons Nicolas KADA (dir.), *L'intérêt public local : Regards croisés sur une notion juridique incertaine*, Grenoble, PUG, 2009.

sur les fonds de la commune; faux en écritures publiques; établissement et usage de faux documents administratifs; endettement de la commune résultant d'un acte de mauvaise gestion ; refus de signer et de transmettre à l'autorité de tutelle une délibération du conseil municipal; refus de réunir le conseil municipal au moins une fois dans le trimestre »<sup>78</sup>. Ces éléments sont pour le moins identiques à ceux qu'on retrouve dans la législation des autres Etats sus visés<sup>79</sup> tout comme ils s'appliquent aussi aux conseillers municipaux<sup>80</sup> ainsi qu'aux élus locaux non communaux<sup>81</sup>.

En parcourant ces énoncés juridiques, il en ressort que l'atteinte à l'intérêt public local et qui justifie l'édiction de la mesure révocatoire découle soit d'une action, soit d'une abstention et éventuellement d'une absence prolongée de l'élu local. Dans le premier cas sans doute plus représentatif, l'hypothèse du conflit d'intérêts captive particulièrement l'attention. Elle s'entend comme la « situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est

---

<sup>78</sup> Cf. art. 135 de la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019.

<sup>79</sup> Au Sénégal, on peut aisément lire que « Sans que la liste soit limitative, les faits énumérés ci-dessous peuvent entraîner la révocation de l'élu : faits prévus et punis par la loi instituant la Cour des comptes ; utilisation des deniers publics du département à des fins personnelles ou privées; prêts d'argent effectués sur les recettes du département ; faux en écriture publique authentique visés au Code pénal; faux commis dans certains documents administratifs, dans les feuilles de route et certificats visés au Code pénal; concussion ou corruption; spéculation sur l'affectation ou l'usage des terrains publics et autres biens meubles et immeubles; refus de signer et de transmettre au représentant de l'Etat une délibération du conseil départemental ». Cf. les art. 61 et 140 de la loi de 2013, *op. cit.* Voyons également les art. 237 de la loi camerounaise de 2019, *op. cit.*, 63 de l'ordonnance nigérienne précitée et 55 de la loi béninoise de 1999 *op. cit.*

<sup>80</sup> Allusion faite aux conseillers municipaux conformément à l'art. 42 de l'ordonnance nigérienne de 2010 sus évoquée.

<sup>81</sup> Lire les art. 61 de la loi sénégalaise de 2013 en ce qui concerne la révocation le président du conseiller départemental et 184 à propos du président du Conseil régional au Burkina Faso.

sacrifié au profit d'un intérêt opposé »<sup>82</sup>. En d'autres termes, l'on définit la notion de conflit d'intérêts comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »<sup>83</sup>. Dans les Etats sous étude, si l'expression n'est pas explicitement employée par le législateur à l'exception de celui camerounais ou encore nigérien<sup>84</sup> qui autorisent la révocation en cas d'utilisation des deniers publics de la commune à des fins personnelles ou privées<sup>85</sup>, elle est néanmoins présente en filigrane. En réalité, le détournement des fonds publics, la concussion, la corruption, le délit de favoritisme dans la passation de marchés publics ou l'emprunt d'argent sur les fonds de la collectivité locale résultent généralement d'une situation de conflit d'intérêt. Dans ces cas, l'élu local censé servir l'intérêt public local le sacrifie au profit d'un intérêt opposé pouvant être personnel, familial ou même politique.

Dans le deuxième cas, celui de l'abstention, la révocation de l'élu local peut se justifier au double administratif et financier. Il va sans dire que sa compétence administrative est requise pour la réalisation de l'intérêt public local de telle sorte que s'il s'abstient à l'exercer, il

---

<sup>82</sup> Claire OGIER, *Le conflit d'intérêts*, thèse de doctorat en droit, Université de Saint-Etienne, 2008, p. 278.

<sup>83</sup> Cf. art. 2 de la loi française la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

<sup>84</sup> Au sens de l'art. 49 de l'ordonnance précitée, « il est interdit, sous peine de révocation prononcée par arrêté du ministre chargé de la tutelle des collectivités territoriales, sans préjudice de poursuites judiciaires, à tout conseiller municipal d'entretenir des intérêts privés avec la commune dont il est membre, de conclure des actes ou des contrats de location, d'acquisition, d'échange ou toute transaction portant sur des biens de la commune, ou de passer avec elle des marchés de travaux, de fournitures ou de services, ou de contrats de concession, de gérance et toutes autres formes de gestion des services publics municipaux, soit à titre personnel, soit comme actionnaire ou mandataire, soit au bénéfice de son conjoint, ses ascendants et ses descendants directs ».

<sup>85</sup> Cf. art. 237 de la loi de 2019 portant Code générale des collectivités territoriales décentralisées, *op. cit.*



paralyse en retour ledit intérêt. Au Cameroun, la révocation en 2006 de Robert Atangana à la tête de la mairie de Yaoundé IV pour malversations financières et absentéisme notoire en donne l'illustration. Dans le même registre que celui de l'abstention, il n'est pas exagéré d'inclure le refus par le maire signer une délibération du conseil municipal ou de réunir le conseil municipal au moins une fois dans le trimestre<sup>86</sup>. Pour l'étude en effet, son abstention dans l'une ou l'autre de ces hypothèses est une atteinte à l'intérêt public local à partir du moment où c'est au sein du Conseil municipal que cet intérêt est pensé et développé au fil du temps. Les délibérations qui en sont prises doivent de ce fait être signées et exécutées avec soin. Ainsi, les graves négligences en matière budgétaire et financière accomplies par un exécutif local peuvent légalement motiver sa révocation<sup>87</sup>. Ce fut le cas en France avec la révocation de M. Dalongeville. Le décret y relatif indiquait que ce dernier « a accompli de graves négligences durant plusieurs années, dans l'établissement des documents budgétaires et la gestion des biens communaux ; qu'il a en outre, refusé de manière répétée de prendre en compte les diverses recommandations émises par la chambre régionale des comptes du Nord-Pas-Calais... »<sup>88</sup>.

Dans le dernier cas, le législateur nigérien n'a pas manqué de ranger dans la catégorie de « fautes graves » pouvant entraîner la révocation du maire, l'absence de plus de trois mois consécutifs pour des raisons autres que celles relatives à l'intérêt de la commune ou de santé<sup>89</sup>. Non spécifique au maire, et comme on pourrait le penser, une telle mesure s'applique également à l'exécutif régional, notamment au Burkina Faso. En effet, le président du Conseil régional peut être révoqué en cas d'absence de la région depuis plus de six mois pour

---

<sup>86</sup> Cf. art. 135 de la loi togolaise n°2019-006 du 26 juin 2019, *op. cit.* Voir également les art. 61 et 140 de la loi sénégalaise de 2013, *op. cit.* ; 237 de la loi camerounaise de 2019, *op. cit.* ; 63 de l'ordonnance nigérienne précitée et 55 de la loi béninoise de 1999 *op. cit.*

<sup>87</sup> CE, 2 mars 2010, *Dalongeville*, n° 328843.

<sup>88</sup> Décret du 28 mai 2009 portant révocation de M. Gérard Dalongeville, maire de la commune de Hénin-Beaumont, *J.O.* n°0123 du 29/05/2009.

<sup>89</sup> Art. 63 de l'ordonnance nigérienne précitée.

des raisons autres que celles relatives à l'intérêt de la collectivité territoriale ou de santé<sup>90</sup>. Le raisonnement *a contrario* suggère de considérer dès lors que l'accomplissement de l'intérêt public local peut justifier l'absence prolongée d'une autorité décentralisée et atténuer ainsi son obligation de résidence pérennante. Ledit intérêt apparaît de fait comme l'aiguillon de l'action du déplacement de l' élu local. Toutefois, il doit le satisfaire sans pour autant défaire ce qui est commun à l'ensemble de la nation.

## 2. Une mesure de sauvegarde de l'intérêt public national

Comme le faisait remarquer Ferdinand Bechard devant l'Assemblée constituante en 1848, « le droit des habitants d'administrer par des mandataires élus leurs intérêts est un droit primordial, naturel, imprescriptible... le droit de l'Etat se borne à l'administration des intérêts généraux et à la surveillance des empiètements que les administrations locales pourraient se permettre sur la politique et sur l'administration générale »<sup>91</sup>. Bien plus, parce qu'ils sont à bien des égards des bras séculiers du pouvoir central car, susceptibles d'agir en qualité de représentants de l'Etat, les élus locaux, sous peine de révocation, ne doivent pas porter atteinte à l'intérêt public national. Il s'agit d'un intérêt qui n'est guère spécifique à une portion de la collectivité, mais à la nation<sup>92</sup> tout entière et de ce fait, est placé sous la surveillance des autorités centrales<sup>93</sup>, détentrices du pouvoir de sanction sinon de révocation<sup>94</sup>. De ces considérations,

---

<sup>90</sup> Art. 184 de la loi du Burkina Faso, *op. cit.*

<sup>91</sup> Rapporté par Jacques MOREAU, Gilles DARCY (dir.), *La libre administration des collectivités locales...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>92</sup> Voyons Jacques VIGUIER, « Intérêt général et intérêt national », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, Dalloz, 2015, p. 662 et s.

<sup>93</sup> Sur la congruence entre le contrôle étatique et l'intérêt public national, le Conseil constitutionnel français faisait savoir que le contrôle administratif doit permettre d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux. Décision n° 137 DC du 25 février 1982 *relative aux lois de décentralisation*.

<sup>94</sup> Ceci tient au fait que la dimension personnelle de la compétence des autorités centrales est illimitée (ou infinie) tandis que la dimension

l'élu local est susceptible de porter atteinte à l'intérêt public national lorsqu'il agit à la fois en tant qu'agent de la collectivité décentralisée et en tant qu'agent de l'Etat. Sa révocation est retenue dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses.

Sur le premier aspect, la législation des Etats visés par l'étude retient d'entrée de jeu la violation de la loi comme fait justifiant la révocation de l'élu local. S'il est vrai que la formule peut recouvrir à elle seule plusieurs situations, il est utile de rappeler que la loi est l'expression de la volonté générale<sup>95</sup>. Elle recèle en cela les intérêts de la nation tout entière dont l'observation s'impose à tous<sup>96</sup>. Le législateur nigérien indique dans ce sens que : « Tout membre de conseil municipal, reconnu responsable d'actes ou de faits graves contraires à la loi et à l'éthique du service public peut, après avoir été invité à fournir des explications écrites sur les faits qui lui sont reprochés, être suspendu pour une période qui ne peut excéder trois (3) mois, par arrêté du ministre en charge de la tutelle des collectivités territoriales sur rapport du représentant de l'Etat. Selon la gravité de l'acte ou du fait, il peut être révoqué dans les conditions déterminées à l'article 42 »<sup>97</sup>. Quant aux autres Etats, c'est la violation de lois particulières qui a retenu l'attention du législateur. Il en est ainsi de la législation relative à la comptabilité publique<sup>98</sup> et celle relative à la matière pénale<sup>99</sup>.

---

personnelle de la compétence des autorités non centrales est limitée (à une partie de la -collectivité étatique). cf. Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRESTIEN, *Droit administratif*, op. cit., p. 237.

<sup>95</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale, étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Economica, coll. « classique », 1984, 222 p.

<sup>96</sup>À ce propos, le professeur Bertrand Mathieu fait observer « qu'il peut être admis qu'il y a juridiquement une identité postulée entre la volonté générale et l'intérêt général ». Cf. Bertrand MATHIEU, « Présentation de la journée d'étude », in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2007, p. 6.

<sup>97</sup> Art. 48 de l'ordonnance précitée.

<sup>98</sup> Au Cameroun, l'art. 237 de la loi de 2019 précitée mentionne que : « Sans que la liste ne soit limitative, les fautes énumérées ci-dessous peuvent

Peu importe la formule retenue, la révocation pour violation de la loi est à la fois nécessaire et non contraire à l'esprit de la décentralisation. Comme l'a en effet écrit le professeur Charles Eisenmann : « la primauté ou simplement le caractère obligatoire de la loi pour l'autorité administrative ne constitue en aucune façon une subordination quelconque de l'autorité administrative locale à l'administration de l'Etat; elle ne la fait nullement dépendre de celle-ci; les interventions de légalité et les pouvoirs correspondants de l'administration d'Etat ne restreignent point le degré de décentralisation ... puisqu'ils en font simplement respecter la mesure »<sup>100</sup>. Aussi, du moment où l'État décentralisé n'est pas une multiplicité d'États<sup>101</sup>, les autorités locales doivent impérativement transmettre à l'autorité de tutelle les délibérations qui émanent de leurs assemblées afin qu'elle puisse s'assurer de leur non contrariété avec l'intérêt public national. C'est dans le sens qu'au sein des Etats sous étude, le refus de procéder à une telle transmission par l'autorité locale qui en a la compétence, constitue un fait pouvant justifier sa révocation par l'autorité centrale. Cette éventualité s'applique au maire<sup>102</sup> et à certains égards au président du conseil régional<sup>103</sup>.

---

entraîner l'application des dispositions de l'art. 225 ci-dessus: faits prévus et punis par la législation relative au contrôle des ordonnateurs, gestionnaires et gérants de crédits publics... ». On pourrait en dire de même avec le cas du Sénégal où les faits prévus et punis par la loi instituant la Cour des comptes ont été retenus comme motif de révocation des élus locaux. Cf. art. 61 de la loi de 2013, *op. cit.*

<sup>99</sup> En se référant directement à la législation pénale, le droit de la décentralisation retient plusieurs infractions comme motif de révocation des élus locaux : le faux en écriture publique authentique ou l'établissement et l'usage de faux documents administratifs, la corruption, le détournement et la concussion. Cf. art. 237 de la loi camerounaise de 2019 précitée, 61 et 140 de la loi sénégalaise de 2013, *op. cit.*, 63 de l'ordonnance nigérienne précitée et 135 de la loi togolaise *op. cit.*

<sup>100</sup> Charles EISENMANN, « Les structures de l'administration », in *Traité de Science administrative*, Paris, Mouton, 1966, p. 298-299.

<sup>101</sup> Serge REGOURD, *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1982, p. 30.

<sup>102</sup> A titre d'exemple, art. 63 de l'ordonnance nigérienne précitée.

<sup>103</sup> Art. 184 de la loi du Burkina Faso, *op. cit.*

Sur le second aspect, il convient avant tout de mentionner que la législation des Etats en considération ne donne pas d'indications précises sur les motifs pouvant entraîner la révocation de l'élu local agissant en qualité d'agent de l'Etat. Mais un examen minutieux permet de se rendre à l'évidence que les actes qu'il est appelé à prendre en cette qualité peuvent donner lieu à l'édiction de la mesure révocatoire. À titre de rappel, dans sa circonscription, le maire spécifiquement visé ici, est le représentant du pouvoir exécutif et à ce titre, il est pour l'essentiel chargé de la publication et de l'exécution des lois, des règlements et des décisions du pouvoir exécutif ; de l'exécution des mesures de sûreté générale<sup>104</sup>. Aussi, il est officier d'Etat civil<sup>105</sup>. Dans l'exercice de ces fonctions, s'il se rend par exemple coupable d'actes de corruption, de favoritisme, de faux en écriture publique authentique, il va sans dire qu'il aura porté atteinte à l'intérêt public national. Il s'exposerait ainsi à une éventuelle révocation, étant donné que ces actes entrent pleinement dans la catégorie des motifs retenus par le législateur.

Sous un autre angle, il convient d'admettre, du moment où ce dernier n'a pas attendu dresser une liste exhaustive des actes donnant lieu à une sanction disciplinaire, que tout comportement du maire qui le priverait de l'autorité morale nécessaire à l'exercice de ses fonctions<sup>106</sup> furent-elles celles de représentant de l'Etat, est susceptible d'entraîner sa révocation au moyen d'un support juridique dont l'unicité mérite d'être relevée.

### ***B. L'unicité du procédé révocatoire pour atteinte à l'intérêt général***

Les développements précédents confortent l'idée selon laquelle « au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique,

---

<sup>104</sup> Art. 107 de la loi sénégalaise de 2013.

<sup>105</sup> Art. 107 de la loi sénégalaise de 2013.

<sup>106</sup> Cet argument a particulièrement été mobilisé par l'autorité de tutelle en France dans le cadre de la révocation du maire d'Hesdin. Cf. décret du 21 août 2019 portant révocation du maire d'Hesdin (Pas-de-Calais) *JORF*, 28 août 2019, n° 194.

il y a une situation de fait »<sup>107</sup>. Une fois que cette dernière se produit en effet, la mesure juridique doit être émise. Au concret, l'élu local qui commet une faute lourde, voire des faits en dehors de ses fonctions dont la gravité le prive de l'autorité morale nécessaire à l'exercice de celles-ci<sup>108</sup>, peut se voir édicter la décision révocatoire qui ne s'appuie pas forcément sur l'adoption préalable d'une mesure conservatoire. La nécessité de préserver l'intérêt général irrégulièrement bafoué rend cette dernière facultative (1) et confère au décret de révocation toute sa splendeur (2).

#### *1. La faculté d'une suspension préalable*

Bien que les motifs justifiant la suspension et la révocation soient identiques, le déclenchement de la première ne donne pas forcément naissance à la seconde. En rapport avec l'idée ici défendue, le caractère facultatif de la seconde est consécutif à la nécessaire sauvegarde de l'intérêt général qui a prétendument été mis à mal par l'élu local. Bien que la protection des droits de ce dernier puisse expliquer le recours préalable à la mesure conservatoire, la gravité de l'intérêt général menacé justifie l'édition directe de la mesure révocatoire avec respect néanmoins des droits de la défense de son destinataire<sup>109</sup>.

D'emblée, la révocation est une « mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision, au déroulement d'une opération ou d'une instance, soit à titre de sanction, soit par mesure d'attente »<sup>110</sup>. Elle a donc pour fonction, comme c'est le cas en droit administratif, d'accorder aux autorités administratives le pouvoir « (...) soit de différer temporairement l'exécution d'un acte

---

<sup>107</sup> Jean RIVERO, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État français », in *Le fait et le droit: Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 130.

<sup>108</sup> CE, 12 juin 1987, Chalvet, n° 78114.

<sup>109</sup> Allusion est ici faite, comme on le verra dans le A de la seconde partie du présent travail, aux exigences qui s'imposent à l'autorité de révocation dont l'inobservation préjudicie les droits de l'élu local.

<sup>110</sup> Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1024.

juridique pris par une autre autorité, soit de priver provisoirement certains agents ou autorités de leurs fonctions »<sup>111</sup>. C'est dans ce dernier cas de figure qu'il convient de ranger la suspension des élus locaux en ce sens qu'elle emporte « *désinvestiture* juridique temporaire des élus locaux de l'exercice de leurs fonctions »<sup>112</sup>. Ce faisant, il s'agit d'une mesure conservatoire qui ne préjuge pas de ce qui sera ultérieurement décidé sur le plan pénal ou disciplinaire<sup>113</sup>. L'examen de la temporalité de la suspension renseigne d'entrée sur le fait qu'elle n'a pas forcément vocation à se solder par la révocation de l'élu concerné. À ce propos, le professeur Martin Gérard Pekassa Ndam écrit que : « la suspension ne fait pas obstacle à une révocation ultérieure pour les mêmes faits, bien au contraire, la seconde est indépendante de la première ; elle reste possible en dehors de toute mesure préalable »<sup>114</sup>.

En effet, dans les Etats sous étude, tel au Niger, « sur saisine d'au moins un membre du conseil et après rapport circonstancié du représentant de l'Etat, le maire et le ou les adjoint(s) peuvent être suspendus par arrêté motivé du ministre en charge de la tutelle des collectivités territoriales pour une durée qui n'excède pas un (1) mois »<sup>115</sup>. Il en va de même au Sénégal où la durée de la suspension est d'un mois, mais peut éventuellement être portée à trois mois par voie de décret<sup>116</sup>. Au Cameroun en revanche, ce délai est de trois mois<sup>117</sup>. Quoi qu'il en soit, après l'écoulement dudit délai, deux

---

<sup>111</sup> Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017-2018, p. 1085.

<sup>112</sup> Arouna NGAPOUT, *La cessation administrative de fonctions des organes communaux en Afrique francophone*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>113</sup> Arouna NGAPOUT, « La suspension des élus municipaux dans les États de l'Afrique francophone : le cas du Cameroun et du Bénin », *RADSP*, Vol VIII, Spécial bis 2020, 2<sup>ème</sup> semestre, p. 323.

<sup>114</sup> Martin Gérard PEKASSA NDAM, « La cessation anticipée des fonctions des organes municipaux au Cameroun », *op. cit.*, p. 259.

<sup>115</sup> Voyons l'art. 62 de l'ordonnance portant code général des collectivités nigériennes précitée.

<sup>116</sup> Cf. art. 135 de la loi sénégalaise de 2013, *op. cit.*

<sup>117</sup> L'art. 225 (1) de la loi de 2019 précitée dispose qu'« En cas de violation des lois et règlement en vigueur ou de faute lourde, les maires et adjoints,

alternatives logiques se présentent : soit la mesure suspensive est levée, soit l'élu est révoqué. Or, la nécessité de préserver l'intérêt général peut conduire à l'adoption directe de la décision révocatoire.

Cette hypothèse qui conforte le caractère autosuffisant de l'acte révocatoire se situe davantage dans la formule permissive employée par le législateur. En clair, dans l'ensemble des Etats témoins, l'autorité de révocation peut soit procéder d'abord à la suspension de l'élu local, soit le révoquer directement. Il lui est par conséquent reconnu un pouvoir d'appréciation qui est fonction de la gravité de l'atteinte à l'intérêt général. En parcourant les énoncés y relatifs, il est donné de lire par exemple que : « Tout membre du conseil municipal qui, sans motif reconnu légitime par le conseil, a manqué à trois sessions ordinaires successives, peut, après avoir été admis à fournir ses explications devant le conseil, être déclaré suspendu pour trente jours par le préfet... »<sup>118</sup>. De manière plus expressive, toutes choses confortant la nature facultative d'une suspension préalable, il est indiqué au Cameroun qu'« en cas de violation des lois et règlements en vigueur ou de faute lourde, les Maires et Adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté du Ministre chargé des collectivités territoriales pour une période n'excédant pas trois mois. Au-delà de cette période, ils peuvent être soit réhabilités, soit révoqués »<sup>119</sup>.

Bien plus, la prise en compte de la gravité de l'intérêt général prétendument bafoué a conduit le même législateur à affirmer qu'« en cas d'atteinte à la fortune publique, d'infraction pouvant entraîner une sanction pénale assortie de déchéance, de carence avérée ou de faute lourde dans l'exercice de leurs fonctions, le maire et ses adjoints peuvent être révoqués par décret du président de la

---

après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté du ministre en charge des collectivités territoriales, pour une période n'excédant pas trois(3) mois... »

<sup>118</sup> Cf. art. 112 de la loi togolaise sur les libertés locales précitée.

<sup>119</sup> Art. 225 (1) de la loi portant Code général de la décentralisation.



République (...) »<sup>120</sup>. Comme on peut le constater, nullement, référence n'est faite ici à la suspension préalable. Elle est en revanche exigée, et il faut le signaler, dans le cadre de la démission de plein droit au Sénégal encore appelée révocation d'office dans les autres Etats, notamment lorsque l'élu local se trouve frappé par un cas d'incompatibilité tel que prévu par le code électoral<sup>121</sup>. En s'appuyant sur le premier Etat, on peut y lire que : « Le président du conseil départemental qui, pour une cause postérieure à son élection, ne remplit plus les conditions requises pour être président ou qui se trouve dans un des cas d'inéligibilité prévus par la loi, doit cesser immédiatement ses fonctions. Le ministre chargé des collectivités locales l'enjoint de se démettre aussitôt de ses fonctions sans attendre l'installation de son successeur. Si le président refuse de démissionner, le ministre chargé des Collectivités locales décide par arrêté sa suspension pour un mois. Il est ensuite mis fin à ses fonctions par décret »<sup>122</sup>. À l'observation, cette dernière mention fait disparaître la formule facultative et rend intimement liées les deux mesures administratives.

En tout état de cause, la révocation administrative de l'élu local pour atteinte à l'intérêt général n'est pas nécessairement subordonnée à l'édition d'une mesure suspensive. Si cela n'a pas été le cas au Bénin, pour ne prendre que cet exemple, avec les suspensions des maires Léhady Sogo de la commune de Cotonou le 28 juillet 2017<sup>123</sup> et Edmond Babalekon Laourou de la commune de Banté le 12 mai 2021<sup>124</sup>, avant d'être respectivement révoqués les 2 août 2017<sup>125</sup> et 2

---

<sup>120</sup> Art. 226 (1) de la loi portant Code général de la décentralisation

<sup>121</sup> Voyons à titre indicatif les art. 64 de l'ordonnance nigérienne portant Code général des collectivités précité ; 278 de la loi burkinabé précitée ; 55 de la loi sénégalaise de 2013 précitée et 51 de la loi béninoise de 1999 *op. cit.*

<sup>122</sup> Art. 55 de la loi de 2013 précitée.

<sup>123</sup> Arrêté n° /MDGL/DC/SGM/DGCL/SA/115GG/17 du 28 juillet 2017.

<sup>124</sup> Il s'agit de l'absence de collaboration avec les forces de défense et de sécurité pour le rétablissement de l'ordre public à l'occasion des différentes manifestations violentes orchestrées par ses administrés au cours du processus électoral d'avril 2021 ; refus de rendre compte à l'autorité de tutelle des différentes événements relevant de l'exercice de son pouvoir de

juin 2021<sup>126</sup>, force reste de noter que tout dépend de l'appréciation de l'autorité habilitée à révoquer l'élu local. En application de la législation, dans bien des cas, on a eu des situations de suspension qui n'ont pas forcément été assorties d'une révocation des personnes concernées. Ce fut par exemple le cas au Cameroun avec les suspensions pour une durée de trois mois de Joseph Adebada, maire de la commune d'Ombessa<sup>127</sup> et surtout d'Adamou Koumanda, maire de la commune de Garoua-Boulaï<sup>128</sup>. La révocation de ce dernier aurait davantage été souhaitée vu qu'à en croire l'arrêté l'ayant suspendu de ses fonctions, il s'était rendu coupable de carence avérée dans l'exercice de ces dernières, étant donné qu'il exerçait en même temps dans une organisation internationale à l'étranger<sup>129</sup>.

Bien plus, et comme on peut l'illustrer avec le Niger, il arrive, et ce constamment, que le conseil de ministres décide d'une révocation à la suite d'une investigation indépendante ou en l'absence d'un rapport

---

police administrative; paralysie de l'administration communale résultant de son absence au poste depuis le 13 avril 2021 ; refus de participer à la réunion du lundi 26 avril 2021 convoquée par le préfet dans le cadre du bilan sécuritaire relatif au processus de l'élection présidentielle du 11 avril 2021. Lire utilement l'arrêté n° 20121/014/MDGL/DC/SGM/DCT/SA/007SGG21 portant suspension de Edmon Babalékon LAOUROU des fonctions de maire de la Commune de Banté pour fautes lourdes.

<sup>125</sup> Décret n° 2017-380 du 02 août 2017 portant révocation de monsieur Léhady Vinagnon SOGLO des fonctions de maire de la commune de Cotonou.

<sup>126</sup> Décret n° 2021-273 du 2 juin 2021 portant révocation de monsieur Edmond Babalékon LAOUROU des fonctions de maire de la commune de Banté.

<sup>127</sup> Arrêté n° 00025/A/MINATD/DCTD du 18 février 2009. Notons que cet exemple de suspension est relativement expressif pour le propos, étant donné que ce dernier comme deux autres maires –Lucien Célestin EDOUBE, maire de commune de Mouanko et Antoine BIKORO ALO'O, maire de la commune de Kye-Ossi– avaient été suspendus non pas pour faute disciplinaire, mais pour exercice d'une fonction incompatible avec celle de maire.

<sup>128</sup> Arrêté n° 0152/A/MINATD/DCTD du 25 sept. 2009.

<sup>129</sup> Lire Martin Gérard PEKASSA NDAM, « La cessation anticipée de fonctions des organes municipaux au Cameroun », *op. cit.*, p. 261.

constatant les irrégularités et sur lequel devrait également s'adosser l'arrêté de suspension. À titre d'exemple, à la suite d'une mission de contrôle conduite par l'inspection générale de l'administration de Guidan Roumdji dont le rapport fait état de ce que le maire de cette commune urbaine, en la personne d'Abdoulaye Dan Djibo, pose des actes qui mettent gravement en cause les intérêts de la collectivité locale<sup>130</sup> dont il a la charge, le conseil des ministres réuni le 4 octobre 2019 allait décider de sa révocation. La même démarche avait été suivie par le conseil des ministres le 26 juin 2019 pour l'adoption du projet de texte portant révocation de Rhissa Feltou, Hankourao Biri Kassoum et Ousseini Issoufou respectivement maires des communes urbaines d'Agadez, de Diffa et de la commune rurale de Chadakori. La mesure conservatoire étant facultative, on peut en déduire le caractère autosuffisant du décret de révocation dans la préservation de l'intérêt général face aux agissements des élus locaux.

## *2. L'autosuffisance du décret de révocation*

La faculté de procéder préalablement à la suspension des élus locaux avant leur révocation en cas de faute lourde ou plus simplement d'atteinte à l'intérêt général confère un caractère autosuffisant à l'acte qui matérialise cette seconde mesure administrative, à savoir le décret révocatoire. Un acte juridique est considéré comme autosuffisant<sup>131</sup> lorsque son édicition n'est

---

<sup>130</sup> Il lui a été particulièrement reproché « des irrégularités au niveau des opérations de dépenses notamment des dépenses sans pièces justificatives, des prélèvements fiscaux non reversés à l'État et des cotisations ouvrières et patronales non reversées à la CNSS ».

<sup>131</sup> À ne pas confondre avec le caractère autorégulateur d'une norme ou d'un système juridique. En théorie juridique en effet, on dit d'un système juridique qu'il est autorégulateur lorsqu'il produit et reproduit ses propres éléments à partir de leurs interactions. Cf. Michel TROPER, « Droit constitutionnel et théorie générale de l'État », in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité International de droit constitutionnel*, T.1: *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p.209. La double validité formelle et matérielle du décret de révocation étant subordonnée à sa conformité aux normes supérieures et plus précisément à la loi régissant la décentralisation, il ne saurait bénéficier d'une telle propriété qui est plutôt la caractéristique de

subordonnée à l'adoption d'un acte préalable et qu'une fois secrété, il est de nature à produire les effets pour lesquels il a été prévu. Ces deux paramètres bénéficient au décret de révocation : il ne dépend pas d'un acte de suspension préalable et une fois édicté, il est revêtu de l'*imperium*<sup>132</sup>.

Dans le droit de la décentralisation des Etats sous étude, il est précisé que la révocation ne peut être prononcée que par voie de décret. Cependant, la formule employée diverge légèrement. Au Cameroun par exemple, l'acte est l'émanation de la volonté d'un organe unipersonnel : « La révocation (...) est prononcée par décret du président de la République »<sup>133</sup>. Or dans les autres Etats témoins, l'acte en question est celui d'un organe collégial dont la volonté est juste estampillée par voie de décret. Il est écrit dans ce sens que : « Sans préjudice des sanctions pénales, le maire et le ou les adjoint (s) peuvent, en cas de faute grave, être révoqués par décret pris en conseil des ministres sur rapport du ministre chargé de la tutelle des collectivités territoriales »<sup>134</sup>. Tout compte fait, la fin de cette phrase renseigne à suffisance sur la nécessité du décret devant matérialiser la révocation.

---

l'ensemble du système juridique au sommet duquel se situe la Constitution. À ce propos, le maître de Vienne décrivait l'ordre juridique comme étant centralisé en ce qu'il « institue pour la création et l'application des normes qui le constituent des organes spécialisés ». Lire Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Traduction Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 379.  
<sup>132</sup> En règle générale, la révocation prend effet à compter de la date de sa notification à l'intéressé. Voir dans ce sens l'art. 71 de l'ordonnance nigérienne précitée.

<sup>133</sup> Art. 225 (2) de la loi portant Code général de la décentralisation.

<sup>134</sup> Art. 63 de l'ordonnance n° 2010-54 du 17 septembre 2010 portant Code général des collectivités territoriales de la République du Niger de 2010 ; art. 135 de la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des collectivités locales au Sénégal ; art. 271 de la loi n° 055-2004/AN du 21 décembre 2004 modifiée par la loi n° 012-2018/AN du 21 décembre 2018 portant Code général des collectivités territoriales au Burkina Faso ; art. 134 de la loi togolaise n° 2019, *op. cit.*

Sous réserve d'une contestation, notamment par devant le juge administratif<sup>135</sup>, le décret portant révocation s'impose à son destinataire qui est donc tenu de l'exécuter faute de quoi l'autorité émettrice peut en recourir à la force publique<sup>136</sup>. De manière tout à fait originale, les autorités placées à la tête du département et de la région peuvent en être concernées. Dans le premier cas, rappelons juste qu'au Sénégal, « les présidents, vice-présidents et tout autre conseiller départemental, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par un arrêté du ministre chargé des collectivités locales pour un temps qui n'excède pas un mois et qui ne peut être porté à trois mois que par décret. Ils ne peuvent être révoqués que par décret »<sup>137</sup>.

Le second cas quant à lui captive davantage l'attention. Si au Togo<sup>138</sup> et au Burkina Faso<sup>139</sup>, le président du Conseil régional tout comme ses vice-présidents, sont susceptibles d'être révoqués, il en va autrement au Cameroun. Ici, leur responsabilité individuelle n'a pas été retenue par le législateur qui a plutôt opté en faveur d'une responsabilité collective lorsqu'il précise que : « le président de la République peut après avis du Conseil constitutionnel, destituer le président et le bureau régional »<sup>140</sup>.

Ces quelques spécificités et originalités sont compréhensibles lorsque l'acte de révocation vise justement et nécessairement à préserver l'intérêt général. De la sorte, les élus locaux doivent se

---

<sup>135</sup> Voir *infra*.

<sup>136</sup> Sur ces paramètres de la décision administrative, voyons André Panchaud, « La décision administrative, Etude comparative », *RIDC*, vol. 14, n° 4, octobre-décembre 1962, p. 678 et s.

<sup>137</sup> Art. 59 de la loi sénégalaise de 2013, *op. cit.*

<sup>138</sup> Art. 282 et 283 de la loi togolaise de 2019.

<sup>139</sup> Togo et Burkina Faso : le président ou le vice-président du Conseil régional peut faire l'objet de suspension ou de révocation en cas de faute grave. Cf. art. 184 de la loi portant Code général des collectivités territoriales au Burkina Faso, *op. cit.*

<sup>140</sup> Art. 315 de la loi de 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées au Cameroun.

garder à l'esprit que l'échelle de décentralisation en Afrique noire francophone<sup>141</sup> ne doit pas « (...) provoquer une mutilation ou un déchirement de l'Etat »<sup>142</sup>. C'est pour empêcher ce genre de dérives que l'autorité centrale aux moyens des techniques sanctionnatrices comme la révocation, doit s'assurer qu'ils ne remettent pas en cause les intérêts de la nation. Ainsi que le martèle le professeur Jacques Chevallier en effet, « l'administration est invitée (...) à jouer le rôle d'une force intégrative de substitution, en assurant la création d'un ordre indispensable pour préserver la cohésion sociale ; elle apparaît ainsi comme la clé de voûte de la société, celle par laquelle l'unité sociale peut être réalisée, par laquelle aussi les tensions peuvent être résorbées et les intérêts collectifs défendus »<sup>143</sup>. La réalisation de cette nécessité n'est assurément pas sans incidence sur le statut des élus locaux.

## II. Une préservation précaire du statut de l'élu local

La révocation des élus locaux pour faute lourde ou atteinte à l'intérêt général entraîne une réelle « précarisation » du statut qui leur est reconnu. Au fait, l'étude des incidences ou des suites<sup>144</sup> d'une telle mesure disciplinaire laisse certainement entrevoir que l'administration jouit d'énormes pouvoirs dans le domaine des sanctions<sup>145</sup>, mais aussi et surtout que l'élu local bénéficie d'un statut inconfortable, nonobstant son origine populaire.

---

<sup>141</sup> Marie-Epiphanie SOHOUEYOU, « Contribution à l'élaboration d'une échelle de la décentralisation territoriale en Afrique noire francophone », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 22, 2008-2009, p. 143-191.

<sup>142</sup> Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 368.

<sup>143</sup> Jacques CHEVALIER, *Science administrative*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2013, p. 194.

<sup>144</sup> Voyons Jean SPACH, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

<sup>145</sup> Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Paris, La documentation française, 1995.

En parcourant le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone, force est en effet de constater que l'exercice du pouvoir disciplinaire sur les élus locaux affecte leur double qualité d'autorité politique et administrative<sup>146</sup>. Si l'incidence de l'acte de révocation sur le mandat administratif des exécutifs locaux est davantage perceptible (A), il est judicieux de relever que le mandat électif en général n'en est pas moins à l'abri (B).

#### *A. Une précarisation de la qualité d'autorité administrative*

L' élu local placé à la tête de l'exécutif local exerce un mandat administratif. Lorsqu'il est révoqué, il perd cette qualité. Dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire d'audience française, cette perte est quasi automatique. En clair, nonobstant les garanties procédurales tendant à préserver les droits de l' élu local au moment de l'édition de l'acte de révocation, leur revendication *a posteriori* n'est pas toujours aisée (1). L'instrumentalisation éventuelle du procédé révocatoire conforte cet état de choses (2).

##### *1. Une protection relative des droits de l' élu local*

À l'évidence, toute révocation n'entraîne pas forcément extinction du mandat administratif de l' élu local concerné. Il en est ainsi dans la mesure où l'acte administratif qui en constitue le support peut être attaqué par devant le juge administratif. C'est du moins ce qu'on peut lire en parcourant le droit de la décentralisation des Etats sous étude : « toute décision de l'autorité de tutelle portant suspension ou révocation du maire ou d'un adjoint est susceptible de recours pour

---

<sup>146</sup> Mettant en exergue cette double étiquette, Jean-Marie Roussignol fait observer qu'« un élu local est d'abord un politique ; mais on attend d'un élu local qu'il soit aussi un gestionnaire capable de concevoir un programme d'action réaliste, de diriger une équipe administrative ou technique et de gérer un budget dans le respect de la loi ». Cf. Jean-Marie ROUSSIGNOL, « Quelle contribution possible à la réussite de la décentralisation en Afrique ? », *Information et document* n° 6 IIAP, 1980, p. 287.

excès de pouvoir devant la juridiction administrative »<sup>147</sup>. Une telle garantie contentieuse bénéficie également à l'exécutif régional en ce sens que « toute décision de l'autorité de tutelle portant suspension ou révocation d'un président ou d'un vice-président du conseil régional est susceptible de recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative »<sup>148</sup>.

Cependant, une lecture attentive des énoncés juridiques supplémentaires amène à considérer que l'élu local dont l'acte de révocation serait entaché d'une irrégularité retrouvera peu probablement son fauteuil d'autorité administrative. Le premier indicateur réside dans les règles applicables à la vacance au poste de chef de l'exécutif local. Si le législateur béninois accorde une attention particulière à cette situation dans la mesure où il subordonne le remplacement du maire révoqué aux respects des délais contentieux, il en va autrement dans les autres Etats. Au Bénin en effet, il est clairement mentionné qu'« en cas de décès, de démission, de suspension ou de révocation, le maire est remplacé provisoirement par le premier adjoint selon les modalités définies par le règlement intérieur du conseil communal. Le délai de ce remplacement ne peut excéder les quinze (15) jours prévus à l'article 43 ci-dessus pour l'élection du nouveau maire, sauf les cas de suspension ou de révocation qui sont soumis aux délais contentieux »<sup>149</sup>. Comme on peut le constater, le législateur tient compte de l'hypothèse où l'acte de révocation fait l'objet d'un contentieux ; lequel peut éventuellement se solder par l'annulation du décret litigieux. Dans un tel cas de figure, l'allongement des délais impartis au remplacement de l'exécutif local permettrait au maire révoqué d'éventuellement retrouver ses fonctions administratives. En d'autres termes, en droit béninois, l'introduction du recours contentieux suspend, sinon

---

<sup>147</sup> Voyons par exemple les art. 279 de la loi du Burkina Faso *op. cit.*, 136 de la loi togolaise *op.cit* et 58 de la loi béninoise de 1999 précitée.

<sup>148</sup> Voir l'art. 192 de la loi du Burkina Faso *op. cit.* Voir également l'art. 284 de la loi togolaise *op. cit.*

<sup>149</sup> Art. 60 de la loi béninoise de 1999 précitée.



conditionne l'organisation anticipée d'une nouvelle élection municipale en vue de remplacer le maire révoqué.

*A contrario*, dans les autres Etats, du moment où une telle mention n'est pas faite, tout porte à croire que la dimension contentieuse n'est guère avantageuse pour l'élu local du point de vue de la fonction dont il a été administrativement détrôné. On craint en effet qu'avant l'aboutissement du procès administratif, il ne soit procédé au remplacement d'un maire dont le juge administratif aurait postérieurement déclaré l'illégalité de l'acte de révocation. Dans la plupart des Etats témoins en effet, il est simplement indiqué que: « en cas de décès, de démission, de destitution, de révocation ou d'empêchement définitif, il est procédé à l'élection d'un nouveau maire dans un délai de trente jours à compter de la date de la vacance »<sup>150</sup>. Au cours de cette période vacante de trente jours, la fonction de chef de l'exécutif communal est exercée par un intérimaire. Celui-ci est rapidement désigné dans les sept jours au Burkina Faso<sup>151</sup> afin d'assurer la continuité de l'appareil local tandis qu'au Togo, de plein droit, son adjoint exerce la vacance<sup>152</sup>.

Si le contentieux de l'urgence pourrait amener le juge administratif à statuer rapidement sur la légalité du décret de révocation<sup>153</sup>, il n'en

---

<sup>150</sup> Art. 138 de la loi togolaise de 2019 *op. cit.* Voir également l'art. 282 de la loi du Burkina Faso précitée.

<sup>151</sup> Cf. art. 282 de la loi du Burkina Faso précitée

<sup>152</sup> Art. 139 de la loi togolaise de 2019 *op. cit.* Au Bénin également, lorsque le maire est démissionnaire, suspendu, révoqué ou empêché définitivement, l'adjoint qui le remplace exerce la plénitude de ses attributions, En cas d'absence ou d'empêchement temporaire du maire, l'adjoint est seulement chargé d'expédier les affaires courantes. Cf. art. 61 de la loi de 1999 précitée.

<sup>153</sup> Tel ne nous semble pas être le cas en l'état actuel du droit positif. Pour le juge administratif béninois par exemple, les décisions de suspension, destitution ou de révocation prises à l'encontre des exécutifs locaux sont des actes administratifs dont la contestation doit obéir aux règles générales de procédure prévues en la matière. Ainsi qu'il le rappelle à propos de la destitution du maire de la commune d'Allada, Mathias DJIGLA, qu'au sens l'alinéa 3 de l'art. 827 de la loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes dispose : « avant de se pourvoir contre toute décision individuelle, le

reste pas moins vrai que dans la législation des Etats sous étude, l'aménagement du remplacement du maire révoqué n'est pas totalement de nature à protéger sa casquette de chef de l'exécutif local. Ceci est d'autant vrai si l'on mobilise un second indicateur, celui de la vérification juridictionnelle du motif de révocation.

Sur ce second élément, il n'est pas superflu de rappeler au préalable qu'au sein desdits Etats, il est exigé que toute suspension ou révocation d'un maire ou d'un adjoint soit « précédée d'une audition de l'intéressé ou d'une invitation à fournir des explications par écrit dans les délais requis »<sup>154</sup>. Cette prescription qui est une exigence de procédure susceptible d'affecter la régularité de l'acte administratif<sup>155</sup> et qui est également valable en ce qui concerne la révocation des membres de l'exécutif régional<sup>156</sup> ou départemental<sup>157</sup> est sans doute de nature à protéger les droits de la défense de l'élu local. Il en va de même de l'obligation de motiver l'acte de révocation<sup>158</sup> qui incombe à

---

demandeur doit présenter un recours hiérarchique ou gracieux tendant à faire rapporter ladite décision ». En cela, conclut-il, le législateur a entendu exiger de tout requérant, la présentation d'un recours hiérarchique ou gracieux, faisant de ce recours administratif, un préalable obligatoire à la saisine du juge ». Cf. arrêt n° 78/CA du 19 avril 2018, *DJIGLA Mathias C/ Préfet du département de l'Atlantique – ACLEHINTO Michel*.

<sup>154</sup> Voir par exemple l'art. 271 de la loi du Burkina Faso précitée.

<sup>155</sup> Alain Serge MESCHERIAKOFF, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica 1982, p. 184.

<sup>156</sup> À la lecture par exemple de l'art. 191 de la loi du Burkina Faso précitée, il ressort que : « Toute suspension ou révocation du président ou d'un vice-président doit être précédée d'une audition de l'intéressé ou d'une invitation à fournir des explications par écrit dans les délais requis ».

<sup>157</sup> Au sens de l'art. 50 de la loi sénégalaise de 2013 précitée, « (...) les présidents, vice-présidents et tout autre conseiller départemental, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par un arrêté du ministre chargé des collectivités locales pour un temps qui n'excède pas un mois et qui ne peut être porté à trois mois que par décret. Ils ne peuvent être révoqués que par décret. L'arrêté de suspension et le décret de révocation doivent être motivés ».

<sup>158</sup> Art. 225 (3) de la loi camerounaise de 2019.

l'administration<sup>159</sup>. Sauf que cette dernière obligation<sup>160</sup> n'a de sens que si et seulement si le juge administratif peut apprécier la véracité des faits<sup>161</sup>, ou au mieux, le lien entre le motif allégué et la faute réellement commise par l'élu local<sup>162</sup>.

En fait, si la plupart des décrets de révocation ne manquent pas de sacrifier à cette exigence de fond comme on peut l'illustrer avec ceux pris à l'encontre du maire Mbaye Ndiaye<sup>163</sup> au Sénégal et le maire de

---

<sup>159</sup> Charles DEBBASCH, Francis COLIN, *Droit administratif*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2018, p. 368.

<sup>160</sup> Lire sur cette question Abdoulaye DIEYE, « Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal », *Revue Internationale de Droit Africain*, EDJA, n° 81, 2009, p. 11-36 ; Eric Marcel NGANGO YOUNBI, « L'obligation de motivation des actes administratifs au Cameroun », in François ANOUKAHA et Alain Didier OLINGA (dir.), *L'obligation, Mélange en l'honneur de Paul Gérard Pougoue*, Yaoundé, L'Harmattan, 2015, p. 619-635 ; Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « L'obligation de motiver certaines décisions administratives au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 31, 1997, p. 60 et s. À titre de droit comparé, voyons Dominique CUSTOS et Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La motivation des actes administratifs. Le droit français à la lumière du droit administratif comparé*, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2019, 256 p. et Céline WIENER, « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *RIDC*, Vol. 21, n° 4, octobre-décembre 1969, p. 779-795.

<sup>161</sup> Charles-André DUBREUIL, « Le contrôle juridictionnel de la révocation des maires », *La Semaine juridique Administration et Collectivités territoriales*, n° 38, 20 sept. 2010, p. 2281.

<sup>162</sup> En effet, « motiver une décision, c'est l'expliquer, c'est exposer le raisonnement de droit et de fait, le syllogisme qui lui sert de fondement ». Cf. Didier LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », *Journal des Tribunaux.*, 1991, p. 737.

<sup>163</sup> Décret n° 2008-1223 du 29 octobre 2008 portant révocation du maire de la commune d'arrondissement des parcelles assainies au Sénégal, Mbaye NDIAYE. À la lecture dudit décret, ce dernier a été révoqué pour des fautes de gestion avérées notamment : la spéculation sur les réserves foncières de la commune d'arrondissement, le recouvrement du produit de la cessation illégale de biens meubles de la commune d'arrondissement, l'octroi de secours à des personnes fictives et sans délibération du conseil municipal, le recrutement illégal et inconsideré de contractuel. Dans le même sens, voyons les décrets n° 2021-273 du 2 juin 2021 portant révocation de Edmond Babalékon LAOUROU des fonctions de maire de la commune de Banté et n°

la commune rurale de Tchadoua<sup>164</sup> au Niger, la pratique contentieuse est peu protectrice du statut de l'élu local et on est peu enclin à considérer que le juge administratif aborde des habits neufs<sup>165</sup> visant à prôner la libéralisation du droit administratif après l'abandon proclamé de la thèse de l'idéologie nationale<sup>166</sup>. Le fait de ne pas contrôler la véracité des faits justifiant la révocation de l'élu local prive la motivation des actes administratifs de deux raisons fondamentales pour lesquelles elle a été pensée : éviter l'arbitraire et améliorer la bonne administration<sup>167</sup>.

À titre illustratif, dans le cadre de la révocation du maire de Dakar<sup>168</sup>, le juge s'est contenté d'indiquer que l'autorité centrale n'avait pas manqué de motiver sa décision.<sup>169</sup> Il s'est ainsi abstenu d'apprécier la véracité des faits reprochés à l'élu local, en affirmant notamment que : « Considérant que le décret accompagné de son rapport de présentation, qui cite les décisions de justice ayant condamné le maire pour des faits de faux et usage de faux en écritures de commerce, de faux et usage de faux dans les documents administratifs et d'escroquerie portant sur les deniers publics ainsi que les textes de lois applicables, indique suffisamment les éléments de fait et de droit qui ont fondé l'autorité administrative à prendre la décision querrellée ; qu'il s'ensuit que le moyen doit être rejeté »<sup>170</sup>. Ce

---

2017-380 du 2 août 2017 portant révocation de monsieur Léhady Vinagnon SOGLO des fonctions de maire de la commune de Cotonou.

<sup>164</sup> Décret n° 2018-658/PRN/MI/SP/D/ACR du 28 septembre 2018, portant révocation du maire de la commune rurale de Tchadoua au Niger.

<sup>165</sup> Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, « Les habits neufs du juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetouille*, Paris, Dalloz, p. 11 et s.

<sup>166</sup> Augustin KONTCHOU KOUOMEGNI, « Le droit public camerounais, instrument d'unité nationale », *Revue juridique indépendance et coopération*, n° 4, 1979, p. 415-441.

<sup>167</sup> Ndèye MADJIGUENE DIAGNE, *Les techniques et méthodes du juge administratif sénégalais*, thèse de doctorat d'Etat, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1995, p. 406 et s.

<sup>168</sup> Décret n° 2018-1701 du 31 août 2018.

<sup>169</sup> Arrêt n° 30 du 11 juillet 2019, *Aa Y Z c./Etat du Sénégal*.

<sup>170</sup> *Ibidem*.

raisonnement avait déjà été mobilisé par le juge béninois quelques mois plutôt dans le cadre du contentieux de la légalité du décret révoquant le maire de Cotonou, Léhady Soglo<sup>171</sup>. Or en France, le juge administratif se montre plus regardant en vérifiant la véracité<sup>172</sup> des faits ou en exigeant du décret qu'il présente de façon expresse les motifs ayant amené l'État à dissoudre l'instance communale<sup>173</sup> ou à révoquer le maire<sup>174</sup>.

De telles considérations, il y a lieu de considérer que le contentieux de la révocation n'est pas un gage à la stabilité du statut de l'élu local. Il y contribue au contraire à sa précarisation. Le propos trouve tout son sens lorsqu'il est donné d'envisager l'instrumentalisation du procédé révocatoire au sein des Etats visés par l'étude.

## *2. L'instrumentalisation éventuelle du procédé révocatoire*

En plus du fait que le contentieux de la révocation ne joue pas nettement en la faveur de l'élu local, il faut ajouter l'hypothèse où l'autorité centrale pourrait instrumentaliser le pouvoir disciplinaire. Elle pourrait ainsi l'utiliser à des fins autres que celles relatives à la préservation de l'intérêt général. Dans bien des cas en effet, la révocation se présente comme un instrument au service du pouvoir central dans ses désaccords avec les autorités décentralisées. Dans les Etats d'Afrique noire francophone, ceci se perçoit spécifiquement à partir du moment où le législateur lui-même crée une imbrication entre les procédures disciplinaire et pénale.

En effet, le législateur semble autoriser la révocation de l'élu local lorsqu'il aurait commis une infraction pénale. Ainsi précise-t-il par

---

<sup>171</sup> Décision du 11 avril 2019 de la chambre administrative de la Cour suprême, inédit.

<sup>172</sup> CE, n° 295296, 4 juin 2007, René Caltabellotta. Ici, le juge administratif approuve le décret de dissolution du conseil municipal, motif pris de sa motivation par l'existence réelle de dissensions ayant empêché d'adopter le budget communal.

<sup>173</sup> CE, n° 93824, 19 janvier 1990, *Bodin*.

<sup>174</sup> On s'en souvient que dans l'arrêt Camino du 14 janvier 1916 précité, après avoir vérifié la véracité des faits, le Conseil d'État était parvenu à la conclusion de leur inexactitude.

exemple qu'« en cas d'atteinte à la fortune publique, *d'infraction pouvant entraîner une sanction pénale assortie de déchéance*, de carence avérée où de faute lourde dans l'exercice de leurs fonctions, le maire et ses adjoints peuvent être révoqués par décret du Président de la République (...) »<sup>175</sup>. A bien parcourir cet énoncé, on constate que la simple suspicion portant sur la commission d'une infraction pénale peut suffire à motiver la décision de révocation. Si cette option n'est pas expressément prévue dans la législation des autres Etats objet de l'étude, il n'en reste pas moins vrai que la pratique administrative tend à la généraliser. On s'en souvient dans ce sens par exemple qu'au Bénin, le préfet des départements du Zou et des Collines a révoqué un chef d'arrondissement<sup>176</sup> pour des faits portés à la connaissance du juge répressif. Du moment où l'intéressé avait bénéficié d'une mise en liberté provisoire, la Cour constitutionnelle n'a pas manqué de rappeler que l'autorité administrative « ne peut, sans un jugement rendu par un tribunal et devenu définitif, prendre des actes de nature à sanctionner le requérant »<sup>177</sup>. Dans le cadre de la décentralisation, c'est vrai qu'il existe une indépendance entre les procédures disciplinaire et pénale<sup>178</sup> comme le rappelle d'ailleurs la jurisprudence administrative béninoise<sup>179</sup>, mais force est de constater que le

---

<sup>175</sup> Cf. art. 226 (1) de la loi portant Code général de la décentralisation.

<sup>176</sup> Arrêté préfectoral n° 4/064/PDZ/SG-STC du 21 septembre 2004.

<sup>177</sup> DCC n° 05-115 du 20 septembre 2005, 4<sup>ème</sup> considérant.

<sup>178</sup> Dans la législation des Etats témoins, il est mentionné de façon identique que « la sanction administrative ne fait pas obstacle aux poursuites judiciaires ». Cf. par exemple les art. 61 de la loi sénégalaise de 2013, 237 (2) de la loi camerounaise de 2019 précitée et 135 de la loi togolaise *op. cit.*

<sup>179</sup> Dans l'arrêt n° 107/CA du 03 août 2012, AHOUISSOU André c./Etat Béninois (président de la République), il est rappelé, en application de l'arrêt n° 1174/DN/CAB du 15 septembre 1970, portant barème. des punitions dans l'armée en son art. 64, que « l'action disciplinaire est indépendante de l'action pénale ; une condamnation pénale n'entraîne pas nécessairement une sanction disciplinaire, le refus d'ordre de poursuite, le non-lieu ou l'acquittement ne font pas obstacle à l'exercice du pouvoir disciplinaire, pourvu que les faits répréhensibles soient établis et qu'ils n'apparaissent pas sous une qualification pénale dans le motif de la punition ».

législateur donne l'occasion à l'autorité centrale de pouvoir instrumentaliser le procédé révocatoire en s'appuyant notamment sur une commission éventuelle d'une infraction ou sur le déclenchement d'une procédure pénale.

Cette situation a particulièrement été vécue au Sénégal avec la révocation du maire de Dakar, Khalifa Sall<sup>180</sup> au lendemain de sa condamnation en appel à cinq ans de prison ferme. Le décret y donnant force précise que cette sanction pénale prive l'intéressé « de la capacité juridique et de l'autorité morale nécessaires à l'exercice de ses fonctions »<sup>181</sup>. Il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'une telle affirmation est pour le moins exagérée du fait de l'existence du pouvoir en cassation en droit sénégalais<sup>182</sup>. En procédant de la sorte, l'autorité centrale méconnaît sans doute volontairement que « la mise en examen d'un maire, qui ne peut permettre de regarder comme établis, les faits qui la motivent ni comme certaines, les sanctions pénales qui les réprimeraient, ne peut suffire à fonder légalement une décision de révocation »<sup>183</sup>. En toute logique, et comme l'a rappelé le

---

<sup>180</sup> Décret n° 2119-1701 du 31 août 2018.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Le juge administratif sénégalais n'a pas contribué à éclairer la situation en affirmant « qu'en raison de son autonomie, la procédure disciplinaire suivie contre un maire pour manquement aux obligations liées à l'exercice de ses fonctions, peut aboutir à une décision de révocation, alors même qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'action pénale engagée à son encontre sur la base des mêmes faits », et que dès lors, « le pouvoir en cassation formé contre l'arrêt du 30 août 2018 de la Cour d'appel de Dakar n'a aucune incidence sur la procédure disciplinaire ayant abouti à la révocation.... ». Cf. arrêt n° 30 du 11 juillet 2019 précité. En procédant de la sorte, le juge met de côté l'élément important selon lequel l'autorité administrative justifiait également son acte de révocation par la décision judiciaire rendue en appel. En tout état de cause, même dans l'hypothèse d'une séparation absolue des deux procédures, il demeure difficile que l'administration puisse à elle seule vérifier et attester de la commission d'une infraction pénale de cette envergure par l'élu local et procéder à sa révocation. Cet important pouvoir d'appréciation et de sanction devrait, dans une société de droit amener le juge administratif à vérifier la véracité des faits et peut être, chose souhaitable, dans une démarche dialogique avec le juge répressif.

<sup>183</sup> CE, 7 nov. 2012, Souffou, n° 348771.

Conseil d'État métropolitain<sup>184</sup>, la condamnation d'un maire en première instance, parce que n'étant pas définitive, n'est pas suffisante pour établir à elle seule les faits qui peuvent motiver une décision de révocation d'un maire<sup>185</sup>. C'est dire qu'en Afrique noire francophone, la ligne de démarcation entre les procédures disciplinaire et pénale n'est pas toujours évidente et l'autorité administrative sanctionnatrice s'en sert à sa guise et généralement à des fins politiciennes. Le cas du maire de Dakar précédemment évoqué suffit à lui seul à renchérir le propos.

En effet, depuis quelques années, plusieurs formations et mouvements de l'opposition sénégalaise ont lancé une coalition afin de conquérir les conseils municipaux et départementaux contrôlés depuis 2014 par la coalition présidentielle, et le maire de Dakar en constituait l'une des figures de proue. C'est pourquoi certains observateurs peuvent se permettre d'affirmer avec fermeté que sa révocation « augure une campagne présidentielle tendue entre le pouvoir et l'opposition. La précipitation avec laquelle cela a été fait a sidéré tout le monde. C'est carrément une liquidation politique de la carrière de quelqu'un qui y a consacré toute sa vie. Il s'agit donc d'une décision grave qui ne peut pas être prise d'une manière aussi rapide, aussi facile et aussi froide »<sup>186</sup>. On s'en souvient en effet que l'ex maire en question était l'un des principaux adversaires politiques du président Macky Sall et candidat déclaré à la présidentielle de 2019<sup>187</sup>. Dans tout autre cas de figure mais qui laisse également entrevoir une sorte d'instrumentalisation du procédé révocatoire<sup>188</sup>, l'acquiescement

---

<sup>184</sup> CE, 26 févr. 2014, n° 37215.

<sup>185</sup> CE, 26 févr. 2014, n° 37215. On lira avec intérêt Arthur BRAUN, « Révocation d'un maire : indépendance des procédures disciplinaire et pénale », *op. cit.*, p. 175.

<sup>186</sup> Alioune TINE, « Sénégal: réactions à la révocation du maire de Dakar, Khalifa Sall », Radio France International, publié le 02/09/2018. En ligne sur <https://www.rfi.fr/fr/afrique/20180902-senegal-macky-sall-revocation-maire-dakar-khalifa-sall-alioune-onu-tine-papa-biram-> .

<sup>187</sup> Voyons le journal *Le Point* du 29/09/2018.

<sup>188</sup> Les faits qui justifiaient sa suspension puis sa révocation par l'autorité centrale principalement, son présumé rôle actif dans les émeutes de 2008 et le



le 16 juillet 2015 par la Cour suprême camerounaise de l'ancien maire de Njombé-Penja, Paul Eric Kingue après plus de sept années d'incarcération.

Aussi, dans les Etats témoins, l'instrumentalisation du procédé révocatoire, notamment à des fins politiques est facilitée par le législateur à partir de la notion de faute lourde. Le fait de ne point donner à cette dernière un contenu stable et définitif en étant la cause. L'autorité centrale pouvant ainsi révoquer l'élu local suivant l'interprétation qu'elle se fait de ladite notion. La révocation le 20 juillet 2017 du maire de Niamey, Assane Seydou, est à cet égard assez révélatrice. L'autorité étatique justifiait l'application de la mesure disciplinaire entre autres par le « défaut de salubrité ». On veut bien comprendre que la salubrité relève de l'ordre public et que les populations locales ont droit à un environnement sain, mais aller jusqu'à révoquer un maire pour un éventuel manquement en la matière, peut paraître excessif. Dans un tel contexte, la précarité du statut d'élu local est évidente et il n'y a plus respect de la logique qui voudrait que « si l'égalité juridique implique que les élus assument toute leur responsabilité, l'équité implique qu'ils n'assument que leur responsabilité et qu'ils ne courent pas le risque d'être les exutoires des difficultés des sociétés modernes »<sup>189</sup>. La précarisation sus évoquée est d'autant plausible que dans bien des Etats visés par l'étude, la révocation met fin à un mandat dont l'origine est pourtant populaire.

### ***B. Une précarisation du mandat électif des autorités locales***

Sans aucun doute, la question de la nature du mandat des autorités locales n'est pas aisée à clarifier. La difficulté est nette si on persiste à considérer que la décentralisation obéit purement et simplement au

---

prétendu détournement de trois millions de francs CFA à la commune où il exerçait la magistrature municipale, ayant été trouvés non fondés par la Cour suprême.

<sup>189</sup> Rapport du comité directeur sur la démocratie locale et régionale (CDLR) préparé avec la collaboration de maître Philippe Petit adopté par le CDLR à sa 21<sup>e</sup> réunion du 2 au 5 juin 1998, relatif à la responsabilité des élus locaux pour les actes ou omissions dans l'exercice de leurs fonctions, spéc. p.59.

découpage administratif de l'Etat<sup>190</sup>. Or, elle a surtout vocation à promouvoir la liberté politique au niveau local<sup>191</sup>. On devrait ainsi admettre que « la qualité des autorités locales et singulièrement leur mode de désignation traduisent la réalité politique de cette décentralisation »<sup>192</sup>. En d'autres termes, la simple nature électorale de leur mandat, notamment au moyen du suffrage universel, suffit à faire d'eux des autorités politiques.

En cas de révocation, cette qualité n'est pas forcément préservée dans le droit de la décentralisation des Etats sous étude. Sauf exception juridiquement affirmée (1), dans la plupart des législations, ce mandat électif est réduit à néant à l'issue de la révocation (2).

*1. La conservation sélective du mandat électif par l'autorité municipale*

Le sort de l'élu local révoqué varie d'une législation à une autre en ce qui concerne les Etats sous étude. En parcourant les lois régissant la décentralisation au sein desdits Etats, il est donné de constater la spécificité de l'option camerounaise. Ayant d'emblée prévu deux catégories de collectivités territoriales décentralisées, il n'admet que la révocation des membres de l'exécutif communal, notamment le maire et ses adjoints<sup>193</sup>. Par conséquent, les conseillers municipaux<sup>194</sup> et les

---

<sup>190</sup> Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1933, p. 86.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

<sup>192</sup> André DE LAUBADERE *et al.*, *Traité de droit administratif*, t. 1, 14<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1996, p. 96.

<sup>193</sup> Art. 225 (1) de la loi n° 2019/024 du 24 décembre 2019 portant Code des collectivités territoriales.

<sup>194</sup> Tel n'est pas le cas au Niger par exemple où « Tout membre du conseil municipal, reconnu responsable d'actes ou de faits graves contraires à la loi et à l'éthique du service public peut, après avoir été invité à fournir des explications écrites sur les faits qui lui sont reprochés, être suspendu pour une période qui ne peut excéder trois mois, par arrêté du ministre en charge de la tutelle des collectivités territoriales sur rapport du représentant de l'Etat. Selon la gravité de l'acte ou du fait, il peut être révoqué dans les conditions déterminées à l'art. 42 » Cf. 48 de l'ordonnance précitée.

membres de l'exécutif régional<sup>195</sup> ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une procédure de révocation.

Mieux encore, au Cameroun, il est affirmé que la révocation du maire et de ses adjoints ne fait pas disparaître leur qualité d'autorité politique. En effet, mentionne explicitement le législateur, « les maires et adjoints au maire révoqués ou destitués conservent la qualité de conseiller municipal »<sup>196</sup>. Il convient de rappeler que le maire comme ses adjoints sont avant tout des conseillers municipaux<sup>197</sup> et de ce fait, ils sont appelés à participer à l'activité de l'organe délibérant au niveau local. En réalité, si la distinction entre organes exécutifs et délibérants est rappelée dans le droit positif, elle est dans les faits malmenée par leur imbrication : l'exécutif est membre à part entière de l'assemblée<sup>198</sup>. À cet égard, on doit pouvoir considérer que le maire et ses adjoints sont révocables pour faute commise en tant qu'autorités exécutives<sup>199</sup>. La durée de leur mandat étant arrimée à celle du Conseil municipal<sup>200</sup>, en cas de révocation, ils restent membres de cette instance sauf qu'ils sont frappés d'inéligibilité aux fonctions de membres de l'exécutif jusqu'à la fin dudit mandat<sup>201</sup>. Ceci revient à dire que la révocation n'a pas d'incidence directe sur la nature élective de leur mandat.

---

<sup>195</sup> Ils peuvent plutôt faire l'objet d'une destitution collégiale. Voir art. 315 de la loi de 2019 portant Code général des collectivités territoriales décentralisées.

<sup>196</sup> Art. 225 (4) de la loi de 2019 portant Code général des collectivités décentralisées.

<sup>197</sup> En effet, lors de sa première session, notamment le deuxième mardi suivant la date de proclamation des résultats de l'élection et sur convocation du représentant de l'Etat, le Conseil municipal procède en son sein à l'élection du maire et de ses adjoints. Voyons 199 de la loi de 2019 précitée.

<sup>198</sup> Stéphane CADIOU, « Les exécutifs locaux », *Revue française d'administration publique*, 2015/2, n° 154, p. 338.

<sup>199</sup> L'art. 197 de la loi de 2019 précitée précise que « le maire et ses adjoints constituent l'exécutif communal ».

<sup>200</sup> Art. 203 de la loi de 2019 portant Code général des collectivités décentralisées.

<sup>201</sup> Art. 233 de la loi de 2019 portant Code général des collectivités décentralisées.

Tenant en effet leur mandat des populations locales, sauf en cas de condamnation juridictionnelle<sup>202</sup>, au plan politique, ils ne peuvent que subir un vote sanction à l'occasion de la future échéance électorale<sup>203</sup>. Tel n'est pas forcément le cas dans les autres Etats sous étude.

## *2. Une extinction globale du mandat électif de l'autorité locale*

Au sein des Etats visés par l'analyse à l'exception du Cameroun, la révocation a une incidence directe sur le mandat électif des autorités locales. En clair, dans des Etats, une fois révoqué, l' élu local perd cette qualité. Deux indicateurs conduisent à une telle affirmation.

D'abord, dans deux de ces Etats, notamment le Sénégal et le Niger, il est clairement énoncé à propos des exécutifs communaux que « la révocation emporte, de plein droit, la perte du mandat de conseiller municipal et l'inéligibilité aux fonctions de conseiller jusqu'à la fin du mandat, à dater du décret de révocation, à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux »<sup>204</sup> ou que « la révocation emporte la qualité de conseiller municipal »<sup>205</sup>. Chacune de ces dispositions appelle à une observation particulière. Relativement à la première, le maire révoqué perd sa qualité d' « élu local » en ce qu'il cesse avec effet immédiat d'être conseiller municipal. Si cette considération est également valable en ce qui concerne la seconde disposition, relevons que la première comporte

---

<sup>202</sup> En effet, en cas de condamnation, l' élu local se voit logiquement priver de la capacité de pouvoir conduire son mandat jusqu'à son terme normal et dans un tel cas de figure, l'autorité centrale procède non seulement à sa révocation d'office, mais aussi et surtout, dans le but d'assurer la continuité du service public, s'assure de l'application des règles relatives à la vacance et à son remplacement.

<sup>203</sup> Ceci est d'autant plus envisageable que dans le cadre de la gestion participative, les élus locaux ont le devoir de rendre compte périodiquement à leurs électeurs de la gestion administrative et financière de la collectivité territoriale tout comme les citoyens ont le droit d'être informés par les élus locaux des décisions qui les concernent. Voir dans ce sens les art. 40 de la loi camerounaise de 2019, *op. cit.* ; 19 de la loi togolaise précitée ; 15 de l'ordonnance nigérienne précitée et 11 de la loi du Burkina Faso, *op. cit.*

<sup>204</sup> Art. 136 de la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 précitée.

<sup>205</sup> Voir art. 63 de l'ordonnance nigérienne de 2010 précitée.

l'avantage de préciser que le maire révoqué ne peut pas, au cours de la durée restante du mandat dont il a été privé, candidater aux fonctions de conseiller municipal sauf en cas de renouvellement général des conseils municipaux. Il convient d'indiquer que s'agissant des autorités départementales, le législateur sénégalais s'est montré plus rigoureux quant à la durée de l'inéligibilité. En effet, la révocation du président, du vice-président ou de tout autre conseiller départemental<sup>206</sup> emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de président et de conseiller pour une durée de dix ans<sup>207</sup>. Relativement à la seconde disposition, l'extinction du mandat électif est nettement perceptible du moment où il est d'entrée consacré que tout conseiller municipal peut faire l'objet de révocation<sup>208</sup>.

Ensuite, dans les trois derniers Etats, en l'occurrence le Bénin, le Burkina Faso et le Togo, le législateur n'a nullement précisé que le maire révoqué conserve son statut de conseiller municipal. Si on peut valablement nous rétorquer que cette omission peut jouer dans l'autre sens, pour l'étude, elle est l'une des révélations du caractère précaire du mandat des élus locaux au contact du procédé révocatoire. Cette précarité est d'autant plus réelle que dans plusieurs cas de révocation, les personnes concernées font ou sont susceptibles de faire l'objet de poursuites judiciaires et l'exil se présente à cet égard comme la voie d'échappatoire. On peut illustrer cette affirmation avec le cas l'ancien maire de Cotonou, Léhady Soglo. En exil en France depuis 2017, date de sa révocation, il a été condamné en 2020 à 10 ans de prison ferme pour des faits d'abus de fonction. Au lendemain de sa révocation en juillet 2017 du maire de Niamey, Assane Seydou a quant à lui, été placé en garde à vue. Même au Cameroun où il est expressément prévu que le maire révoqué conserve son statut de conseiller municipal pour le reste de son mandat, cette règle reste d'application peu probante. La filiation entre les motifs justifiant la sanction disciplinaire et les poursuites judiciaires étant la cause. Bien plus, et

---

<sup>206</sup> Art. 59 de loi de 2013 précitée.

<sup>207</sup> Art. 60 de la loi n° 2013-10 du 28 décembre 2013 portant Code général des collectivités locales au Sénégal.

<sup>208</sup> Cf. art. 42 de la l'ordonnance nigérienne de 2010, *op. cit.*

comme déjà relevé, l'exercice de l'une n'empêche pas le déclenchement de l'autre. Notons à ce sujet que les deux maires ayant déjà fait l'objet de révocation au Cameroun<sup>209</sup> n'ont justement pas achevé leur mandat de conseiller municipal. Si Paul Eric Kingue a fait l'objet de poursuites judiciaires<sup>210</sup>, Robert Atangana s'est quant à lui exilé au Canada.

\*

\*\*

Au bout de l'analyse, il en ressort que la révocation est une mesure disciplinaire visant à contraindre les élus locaux au respect de l'intérêt général. sauf que, l'inobservation de cette exigence qui justifie l'application de la mesure révocatoire a pour conséquence une réelle précarisation du statut d'élu local. En effet, dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone et plus précisément ceux envisagés par l'étude, la révocation est aménagée dans le but de préserver l'intérêt général de certains agissements des élus locaux. Une telle option tient au fait que « si l'élection est par excellence la technique qui assure l'autonomie des organes chargés de la gestion des intérêts »<sup>211</sup>, on doit se garder à l'esprit qu'un « (...) un tyran peut être élu au suffrage universel, et n'être pas moins tyran pour cela (...) »<sup>212</sup>. L'institutionnalisation de la révocation a ainsi vocation à rappeler aux élus locaux, l'obligation qui leur incombe de satisfaire exclusivement l'intérêt général. Toutefois, le risque d'instrumentalisation dont ce procédé est susceptible de faire l'objet invite à plaider pour une attitude offensive du juge administratif dans la vérification de l'exactitude des faits qui sont reprochés à l'élu révoqué. S'il s'y dérobe, on peut craindre que la décentralisation ne

---

<sup>209</sup> Voir *supra*, note 34.

<sup>210</sup> Voir *supra*.

<sup>211</sup> Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, p. 641.

<sup>212</sup> Alain Emile CHARTIER, *Propos sur les pouvoirs*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 1985, pp. 213-214.

devienne qu'un transfert d'obligations <sup>213</sup> et que le statut d'élu local ne soit qu'une coquille vide.

---

<sup>213</sup> Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « La décentralisation en Afrique : nouvelles perspectives », *Encyclopédia Universalis*, Symposium, 1990, p. 1631-1636.





**COUR CONSTITUTIONNELLE :  
INTERPRETATION DE LA CONSTITUTION**

*Arrêt n° 00-120 relatif à la requête en date du 17 juillet 2000 du président de l'Assemblée nationale aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution de la République du Mali.*

**Texte de la décision**

Arrêts- 2000- Cour Constitutionnelle de la République du Mali

1. Arrêt n° 00-120 du 27 Juillet 2000 relatif à la requête en date du 17 Juillet 2000 du Président de l'Assemblée Nationale aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution.

La Cour Constitutionnelle

Vu la Constitution

Vu la loi n° 97-010 du 11 Février 1997 sur la Cour Constitutionnelle;

Vu le décret n° 94-421/P-RM du 21 Décembre 1994 portant organisation du secrétariat général et du Greffe de la Cour Constitutionnelle ;

Vu le règlement intérieur de la Cour Constitutionnelle ;

Les Rapporteurs entendus en son rapport ;

Après en avoir délibérée ;

Considérant que par lettre n° 0030/P-AN-RM du 17 Juillet 2000 enregistrée au Greffe de la Cour le 18 Juillet 2000 sous le n° 14, le Président de l'Assemblée Nationale a saisi la Cour Constitutionnelle aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution

Qui l'a exposé notamment qu'un groupe de Députés soutient que « le projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-028/P-RM du 29 Mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 est irrecevable.

Cette affirmation est faite par une partie de Députés au motif que ce projet de loi a été déposé sur la table de l'Assemblée Nationale le 13 Avril 2000, c'est-à-dire longtemps après la date limite de dépôt stipulée dans la loi d'habilitation n° 99-034 du 04 Août 1999 sous l'empire de laquelle, l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 aurait été prise » ;

Qu'un autre groupe soutient que « le projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-028/P-RM du 29 Mars 2000 portant modification de l'ordonnance no 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 est recevable, et de ce fait, il peut être soumis à la délibération des Députés.

Qu'aussi longtemps qu'une ordonnance n'aura pas été ratifiée par une loi votée par l'assemblée Nationale, elle demeure exécutoire en tant qu'une ordonnance, ayant force de loi, mais elle n'est pas du domaine de la loi; Que par conséquent, elle peut être modifiée par une autre ordonnance du Gouvernement ; Que c'est du jour où elle est ratifiée par une loi votée par l'Assemblée Nationale; Qu'elle tombe dans le domaine de la loi » ;

Considérant qu'aux termes de cette lettre, le travail parlementaire est bloqué concernant deux projets de loi ;

Considérant que la Cour Constitutionnelle est « l'organe régulateur du fonctionnement des Institutions et de l'activité des pouvoirs publics » aux termes de l'article 85 alinéa 2 de la Constitution ;

Qu'en conséquence la requête du Président de l'Assemblée Nationale est recevable en la forme ;

## SUR LE FOND

Considérant que l'article 74 de la Constitution dispose: « le Gouvernement peut pour l'exécution de son programme ou dans les domaines déterminés par la loi, demander au Parlement l'autorisation de prendre par Ordonnances, pendant un délai limité ou entre les deux sessions, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les Ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis de la Cour Suprême.

Elles entrent en vigueur dès leur adoption, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé à l'Assemblée Nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les Ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article d-dessus visé l'Assemblée Nationale a autorisé par loi n° 99-034 du 04 Août 1999, le Gouvernement à prendre par Ordonnances entre la clôture de la session extraordinaire de Juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'Octobre 1999, les mesures relevant de la création, de l'organisation et du contrôle des services et organismes publics ;  
Que ladite loi d'habilitation précise en son article 2 que « les Ordonnances prises dans le cadre de la présente loi deviennent caduques si les projets de la loi de ratification ne sont pas déposés sur le bureau de l'Assemblée Nationale avant le 15 Octobre 1999 ;

Considérant que le Gouvernement, en vertu, de cette loi d'habilitation, a pris l'ordonnance n°99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 régissant les Télécommunications en République du Mali ;

Considérant que ladite Ordonnance est intervenue dans la période autorisée par la loi d'habilitation ;

Considérant que par lettre n° 057/P-RM-SGG du 14 Octobre 1999, le Gouvernement a déposé sur le Bureau de l'Assemblée Nationale le projet de loi de ratification de Ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 : Qu'il ressort ainsi que le Gouvernement s'est trouvé dans le délai prévu par la loi d'habilitation ;

Que par ce seul dépôt, l'Ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 continue de produire ses effets et ne tombe pas dans la caducité ;

Considérant que toute modification de l'Ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 par voie d'Ordonnance ne peut intervenir que dans la période indiquée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 04 Août 1999 (période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de Juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'Octobre 1999) ;

Qu'en effet les dispositions de l'article 74 de la Constitution stipulent «...A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les Ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif » ;

Considérant que l'ordonnance n°00-28/P-RM du 29 Mars 2000 portant modification de Ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 prise en application de la loi d'habilitation n° 99-048 du 28 Décembre 1999 étant intervenue en dehors de la période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de Juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'Octobre 1999 (fixée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 06 Août 1997), n'est pas valable car elle ne peut pas modifier l'Ordonnance n°99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 ; Que cette modification ne peut se faire que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

PAR CES MOTIFS

Article 1<sup>er</sup> : Déclare recevable la lettre n° 030 du 17 Juillet 2000 du Président de l'Assemblée Nationale ;

Article 2 : Dit que l'Ordonnance N° 99-043/P-RM du 30 Septembre 1999 régissant les Télécommunications en République du Mali, ne peut être modifiée que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Article 3: Dit que le présent Arrêt sera notifié au Président de l'Assemblée Nationale, au Premier Ministre Chef du Gouvernement, et publié au Journal Officiel.

Ont siégé à Bamako, le Vingt Sept Juillet deux mille

Monsieur Abdoulaye DICKO Président  
Monsieur Abderhamane Baba TOURE Conseiller  
Monsieur Salif KANOUTE Conseiller  
Monsieur Salif DIAKITE Conseiller  
Madame SIDIBE AISSATA CISSE Conseiller  
Madame OUATTARA Aissata COULIBALY : Conseiller  
Monsieur Mamadou OUATTARA Conseiller

Monsieur Abdoulaye DIARRA Conseiller  
Monsieur Bouréïma KANSAYE Conseiller

Avec l'assistance de Maître Mamoudou KONE, Greffier en Chef.

## OBSERVATIONS

**Serge François SOBZE,**  
**agrégé des Facultés de droit**

La maxime latine « *interpretatio cessat in claris* »<sup>1</sup> garde-t-elle encore tout son sens avec l'évolution remarquable de la fonction offensive du juge constitutionnel en Afrique?<sup>2</sup> Il existe en effet, un

---

<sup>1</sup> En droit français, la maxime latine « *Interpretatio cessat in claris* » a été utilisée par Jean-Etienne-Marie Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil, dans son discours préliminaire au projet de Code civil de l'an XI, dont l'une des trois propositions était : « quand la loi est claire, il faut la suivre ». Cette maxime qui a contribué à servir le légicentrisme faisant du juge « la bouche de la loi » est aujourd'hui revisitée par le constitutionalisme.

<sup>2</sup> On assiste à des cas où malgré la clarté du texte notamment constitutionnel, le juge ne s'est pas abstenu d'interpréter en donnant au besoin un sens de plus en plus obscur au texte pourtant clair à la base. V. *Décisions du 14 novembre 2018* du juge constitutionnel gabonais et relative à l'indisponibilité temporaire du président de la République. Lire E. Ngango YOUNBI, « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n° 219/CC du 14 novembre 2018 : splendeur ou stupeur ? », *Politeia*, n° 34, 2018, p. 183-200 ; S.F. SOBZE, « Vie politique et constitution en Afrique francophone », *Politeia*, n° 36, 2019, p. 71-106. De façon générale, on assiste dans l'ordre constitutionnel africain, à une montée en puissance de la justice constitutionnelle. Il s'agit d'une véritable révolution constitutionnelle dont le chemin a été tracé par la Cour constitutionnelle béninoise dans les *Décisions* 2006 (*Consensus national*) et 2011 (*Option fondamentale*). La doctrine constitutionnelle africaine avait à un moment donné, relevé que le juge en faisait trop. V. D. GNAMOU, « La cour constitutionnelle en fait-elle trop ? », in *La Constitution béninoise du 11 déc. 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de M. A. Glele*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 687-715. V. également les décisions du 20 juillet 2021 de la Cour constitutionnelle sénégalaise qui fait de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi un objectif de valeur constitutionnelle et une composante de la sécurité juridique et surtout celle du 28 mai 2021 du juge constitutionnel malien et relative à la vacance de la présidence de la transition. La Cour

principe juridique qui très souvent s'ouvre à la double règle selon laquelle, lorsqu'un texte est clair, il ne donne lieu qu'à application et non à interprétation et, que seul un texte obscur donne lieu à la fois à application et à interprétation<sup>3</sup>.

*Interpréter en droit constitutionnel*<sup>4</sup>, *Qui sont les interprètes de la Constitution ? Pourquoi interpréter la Constitution et quel est le statut logique de l'interprétation ?*<sup>5</sup> Voici les problématiques classiques et sans cesse renouvelées de la théorie constitutionnelle qui sous-tendent ce bref *requiem*. Il faut dire d'entrée de jeu que le concept « interprétation » recouvre des ambiguïtés remarquables.

Tout d'abord, il se rapproche parfois de l'attribution de signification à un texte juridique et, parfois, à la qualification juridique d'espèce (qui donne un fondement à la solution d'un différend particulier)<sup>6</sup>. Même si la seconde chose présuppose logiquement la

---

constitutionnelle, se référant à l'article 7 de la charte de transition malienne, fait du vice-président de la transition, le président de la transition, chef de l'Etat. La justice constitutionnelle africaine, sous le prisme de l'interprétation, fait sa mue.

<sup>3</sup> P. A. COTE, *Interprétation des lois*, 3<sup>ème</sup> éd., Montréal, 1999. M. TROPER, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in O. PFERSMANN, G. TIMSIT (éd.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, 2001.

<sup>4</sup> Les thématiques semblables occupent la doctrine constitutionnelle moderne. Lire A. KPODAR, « Constituer en droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Joseph Owona, L'exception en droit*, M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO (dir.), *l'Harmattan*, 2012, p. 29-44.

<sup>5</sup> F. de P. TETANG, « A propos de l'interprétation des constitutions par le juge constitutionnel d'Afrique noire francophone : Essai d'une théorie de l'interprétation constitutionnelle », *Revue des Réflexions Constitutionnelles (RCC)*, n° 5, novembre 2021, p. 57-78.

<sup>6</sup> Une clarification s'avère nécessaire. En effet, dans la littérature américaine sur l'interprétation constitutionnelle, le mot « interprétation » est souvent employé dans un sens très large, qui n'a aucune relation avec son sens le plus habituel chez les juristes. Lire M. ROSENFELD, *Just interpretations. Law between Ethics and politics*, Los Angeles Berkeley, 1998 ; R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986.

première, il s'agit de deux activités intellectuelles bien différentes<sup>7</sup>. Dit autrement, les deux notions, même si elles se recourent, elles ne se recouvrent point.

Ensuite, l'interprétation « in abstracto » se distingue de l'interprétation « in concreto ». Le premier consiste à identifier le contenu des sens -c'est-à-dire, le contenu normatif (la norme ou les normes)- exprimé par et/ ou logiquement implicite dans un texte (une source du droit) sans référence à aucun cas particulier, tandis que le second consiste à subsumer un cas particulier dans le domaine d'une norme préalablement identifiée « in abstracto »<sup>8</sup>.

Enfin, la controverse doctrinale autour du statut logique de l'interprétation, notamment de l'interprétation judiciaire s'invite dans la présente réflexion. Il s'agit bien selon ses termes, de savoir si l'interprétation (judiciaire) est un acte de connaissance (c'est la thèse de toute théorie « cognitive ») ou bien un acte de volonté (c'est la thèse des théories « sceptiques »).

La théorie cognitive, dite « formaliste » qui remonte à l'époque des lumières renseigne que l'interprétation est un acte de connaissance, qui consiste à découvrir le « véritable » sens des objectifs normatifs. En ce sens, le juge n'est que « la bouche de la loi »<sup>9</sup>, et la fonction juridictionnelle n'est qu'un « pouvoir nul »<sup>10</sup>. Le néo-cognitivisme

---

<sup>7</sup> R. GUASTINI, « L'interprétation de la constitution », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, (dir.) Dalloz, 2012, p. 465- 503 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, dernier chapitre sur l'interprétation ; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, chap. VI ; M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *Presence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

<sup>8</sup> Les deux types d'interprétation répondent à deux types d'indétermination du droit car le droit est doublement indéterminé. R. GUASTINI, « L'interprétation de la constitution », *op. cit.* ; p. 466.

<sup>9</sup> C.-S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (Livre XI, Chapitre VI –De la constitution d'Angleterre* p. 13.

<sup>10</sup> Cette théorie, qui présuppose l'existence dans tout texte normatif d'un sens univoque susceptible de connaissance, et qui nie donc le caractère univoque et vague des énoncés normatifs a aujourd'hui, perdu de sa pertinence. Lire K.



contemporain<sup>11</sup> affirme fermement le caractère vague du langage normatif, et en tire la conséquence qu'à côté des cas « clairs », pour lesquels l'application d'une norme ne soulève aucun problème, il y a toujours des cas « difficiles » ou « douteux » dans lesquels le juge exerce son pouvoir discrétionnaire.

Quand un juge tranche un cas facile, il se borne à prendre connaissance de la norme: son énoncé interprétatif peut être vrai ou faux. En revanche, quand il tranche un cas difficile, il accomplit un acte de volonté : son énoncé interprétatif n'a aucune valeur de vérité<sup>12</sup>. C'est du moins le sentiment qui se dégage des dispositions de l'article 74 de la Constitution du Mali et qui constituent la toile de fond de l'arrêt n° 00-120 du 27 juillet 2000 de la Cour constitutionnelle sous commentaire. Cette décision désigne donc dans l'ordre constitutionnel malien les exigences de « la doctrine du sens clair »<sup>13</sup>, notamment celle selon laquelle la clarté d'un texte est la règle, ou tout au moins l'idéal, que doit et peut réaliser toute législation écrite ; son obscurité est au contraire l'exception, ou tout au moins un accident dû à une expression défectueuse que l'on aurait pu éviter. Dès lors, la

---

WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation, Textual Meaning, Original Intent and judicial Review*, Lawrence, 1999 : « interpretation finds meaning already existent in the constitutional text » p. 7 ; “constitutional interpretation discovers meaning” p. 11 ; R. Hernandez MARIN, *Interpretacion, subsuncion, y aplicacion del Derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

<sup>11</sup> Cette forme de cognitivisme sophistiquée, aujourd'hui la plus répandue est assez différente du cognitivisme naïf des Lumières.

<sup>12</sup> H.L.A. HART, *The concept of Law*, Oxford, 1961 ; G. CARRIO, *Notas sobre Derecho y lenguaje* 4<sup>ème</sup> éd., Buenos Aires, 1994.

<sup>13</sup> K. CLAUSS, *Die « sens clair »-Doctrin als Grenze und Werkzeug*, in *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale*, publiés par H. HUBIEN, Bruxelles, 1971, p. 521-255 ; M. Van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire*. Nouvelle éd. [en ligne], Bruxelles : Presses de l'Universitaire Saint-Louis, 1978, site Internet : <http://books.Openedition.org>, consulté le 5 juillet 2020 à 23 h 15 min.

clarté de la loi participe à son intelligibilité et à son accessibilité qui sont des nouvelles exigences de la sécurité juridique<sup>14</sup>.

L'article 74 de la Constitution malienne prête suffisamment à équivoque à en croire sa teneur : « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme ou dans les domaines déterminés par la loi, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité ou entre les deux sessions, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis de la Cour suprême.

Elles entrent en vigueur dès leur adoption, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé à l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

C'est l'ambiguïté de cette formulation qui justifie la lettre n° 0030/P-AN-RN du 17 juillet 2000 du président de l'Assemblée nationale ; saisissant la Cour constitutionnelle aux fins d'interprétation de l'article 74 de la Constitution. En l'espèce, deux groupes de députés offrent deux interprétations totalement contradictoires des dispositions suscitées de l'article 74 de la Constitution. Pour les uns, « le projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-28/P-RM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 est irrecevable », motif pris de ce que le projet a été déposé sur la table de l'Assemblée nationale le 13 avril 2000, après la date limite de dépôt stipulée dans la loi d'habilitation n° 99-043/ P-R du 30 septembre 1999.

---

<sup>14</sup> Décisions de la Haute cour constitutionnelle malgache de 2015 qui fait du principe d'intelligibilité, un objectif de valeur constitutionnelle imposable aux juges et aux législateurs et celle du 20 juillet 2021 du conseil constitutionnel sénégalais qui considère le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi comme un objectif de valeur constitutionnel et une composante de la sécurité juridique.

Pour les autres députés, en revanche, « le projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-028/P-RM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 est recevable, et de ce fait, peut être soumis à la délibération des députés ». Ils ont pour force d'argument la logique selon laquelle aussi longtemps qu'une ordonnance n'aura pas été ratifiée par une loi votée par l'Assemblée nationale, elle demeure exécutoire en tant qu'une ordonnance, ayant force de loi, mais elle n'est pas du domaine de la loi ; que c'est du jour où elle est ratifiée par une loi votée par l'Assemblée nationale, qu'elle tombe dans le domaine de la loi.

Le juge constitutionnel était appelé à se prononcer sur la recevabilité ou non du projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-028/P/RM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 ; plus exactement sur le délai de recevabilité dudit projet. Ce dernier court-il à compter de la date limite de dépôt du projet stipulée dans la loi d'habilitation ou peut-il être revu tant que l'ordonnance n'a pas encore été ratifié par une loi votée par l'Assemblée nationale ?

Le juge par son interprétation, donne une visibilité aux dispositions constitutionnelles en précisant dans son 8<sup>ème</sup> considérant que toute modification de l'ordonnance du 30 septembre 1999 par voie d'ordonnance ne peut intervenir que dans la période indiquée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 4 août 1999. Aussi précise-t-il que cette période se situe entre « la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 1999 ». Dès lors, l'ordonnance de 1999 régissant les Télécommunications en République du Mali ne peut être modifiée que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Par cette décision, le juge constitutionnel confirme son rôle d'aiguilleur<sup>15</sup> ou mieux de régulateur des institutions étatiques (I) sans toutefois se dérober de ses qualités de conservateur héritées du constitutionalisme du renouveau (II).

---

<sup>15</sup> L'expression est empruntée à L. FAVOREU, « Le pouvoir constituant et le juge constitutionnel », *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 135.

## I. Un juge constitutionnel régulateur

Il existe trois principales fonctions pratiques que remplit *la doctrine du sens clair des textes* à savoir : la fonction de régulation<sup>16</sup> d'abord, celle de justification ensuite et celle de dissimulation enfin. La fonction politique régulatrice mise en exergue par la doctrine<sup>17</sup> est reprise ici en des termes clairs par le constituant malien<sup>18</sup>. Elle interdit au juge de faire prédominer une interprétation sur l'esprit de la loi et le contraint à rester sur le texte même de la Constitution. A l'analyse, les prétentions opposées des groupes de députés portent d'une part sur l'irrecevabilité du projet de loi portant modification de l'ordonnance (A), et d'autre part, sur la recevabilité conditionnée dudit projet (B).

### A. Une irrecevabilité justifiée par le dépôt tardif du projet de loi de ratification

Pour le premier groupe de député, « le projet de loi autorisant la ratification de l'ordonnance n° 00-028/P-RM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 est irrecevable ». Au soutien de cet argument, les députés mentionnent que le projet de loi a été déposé en retard sur la table de l'Assemblée nationale, plus exactement le 13 avril 2000, une date très éloignée du délai stipulé dans la loi d'habilitation n° 99-034 du 4 août

---

<sup>16</sup> J. RIVERO, « Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice », *D.* 1954. 157 ; N. MEDE, « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *A.I.J.C.*, 2007, p. 49.

<sup>17</sup> J. RIVERO, « Le conseil d'Etat, Cour régulatrice, » *op. cit.* Selon l'auteur, les juridictions constitutionnelles parce que « régulatrices, devraient non seulement bien décider, mais encore expliquer en toute clarté, leur décision ». V. S.F. SOBZE, « L'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire », *Annales africaines, nouvelle Série, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar*, vol. 2. décembre 2020, n° 13, p. 95-146.

<sup>18</sup> Art. 85 de la Constitution du Mali : « La Cour constitutionnelle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des Pouvoirs Publics ».

1999 sous l'empire de laquelle l'ordonnance n° 99-043/ P-R-M du 30 septembre 1999 aurait été prise.

En effet, le constituant n'a pas été suffisamment clair dans la fixation de la date limite de dépôt du projet, obligeant ainsi le juge dans son raisonnement<sup>19</sup>, à procéder à une clarification. A l'analyse, trois formulations tirées du même article 74 sont suffisantes pour implanter le doute dans la pratique constitutionnelle<sup>20</sup>: « le gouvernement peut (...) dans les domaines déterminés par la loi, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité ou entre les sessions, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi (...); « [les ordonnances] entrent en vigueur dès leur adoption mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification, n'est pas déposé à l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation » (...); « A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les Ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

Dans un premier temps, la limitation du délai semble claire car justifiée par l'expression entre « les deux sessions » dégagées dès le premier paragraphe *in fine*. En revanche, tout devient complexe en raison de la caducité réservée aux ordonnances au cas où le projet de loi de ratification n'est pas déposé à l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. La dernière complexité est tirée de la modification des ordonnances par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif en cas d'expiration des délais compris entre les sessions.

C'est tout cet imbroglio qui a conduit le premier groupe de députés à soulever *ab initio* l'irrecevabilité du projet de loi de ratification. Ils seront suivis par le juge dans son office d'interprétation, précisément dans ses deux derniers considérants :

---

<sup>19</sup> THIBAUD, *Le raisonnement du juge constitutionnel. Jalon pour une structuration herméneutique du discours juridique*, thèse de doctorat en droit public, Université Lumière Lyon 2, 2011, 592 p.

<sup>20</sup> K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC* n° 90, 2012/2, p. 57-85.

« Considérant que toute modification de l'ordonnance n° 99-043/ P-R-M du 30 septembre 1999 par voie d'ordonnance ne peut intervenir que dans la période indiquée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 4 août 1999 (7<sup>ème</sup> considérant) ; Considérant que l'ordonnance n° 00-28/ P-RM du 29 mars 2000 (...) étant intervenue en dehors de la période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 et l'ouverture de la session ordinaire d'octobre 1999 (...), n'est pas valable car elle ne peut modifier l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 » (8<sup>ème</sup> considérant). »

Le juge constitutionnel malien rejette ainsi la thèse de la recevabilité conditionnée par la ratification tardive de l'ordonnance par une loi votée par l'Assemblée nationale.

### ***B. Une recevabilité conditionnée par la ratification tardive de l'ordonnance par l'Assemblée nationale***

Par une méthode<sup>21</sup> que l'on peut qualifier de systématique<sup>22</sup>, le juge constitutionnel malien donnait un sens apaisé au contenu de l'article 74 de la Constitution. En effet, le second groupe de députés soutenant la recevabilité du projet de loi portant modification de l'ordonnance du 30 septembre évoquera trois raisons qui selon eux, se dégagent implicitement de l'article 74 : « aussi longtemps qu'une ordonnance n'aura pas été ratifiée par une loi votée par l'Assemblée nationale, elle demeure exécutoire en tant qu'une ordonnance, ayant force de loi, mais elle n'est pas du domaine de la loi (...); par conséquent, elle peut être modifiée par une ordonnance du

---

<sup>21</sup> B. KANTE, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », p. 156-163.

<sup>22</sup> Il existe trois principales méthodes d'interprétation : l'interprétation littérale, l'interprétation systématique et l'interprétation téléologique. La méthode systématique consiste pour le juge, à se référer à l'examen de l'ensemble normatif qui soutient un texte pour l'interpréter. A cet effet le juge recourt au contexte juridique pour expliciter la notion qui, isolée resterait ambiguë. Cette technique permet de comprendre la norme dans sa globalité tout en évitant une interprétation contraire à l'esprit du texte.

Gouvernement (...); c'est du jour où elle est ratifiée par une loi votée par l'Assemblée nationale, qu'elle tombe dans le domaine de la loi ».

Cette formule « aussi longtemps » (Solange)<sup>23</sup> que l'on emprunte au tribunal constitutionnel allemand démontre à suffisance que la recevabilité du projet de loi est soumise à plusieurs conditionnalités. Tout d'abord, seule la ratification par une loi votée par l'Assemblée nationale fait perdre à l'ordonnance sa valeur exécutoire, ensuite, il y a une possibilité de modification des ordonnances entre elles, et enfin la condition extrême, seule la ratification par une loi votée par l'Assemblée nationale fait tomber l'ordonnance dans le domaine de la loi.

Cette interprétation implicite de la Constitution a amené le juge à constater que la lettre n° 057/P-RM-SGG du 14 octobre 1999 par laquelle le gouvernement dépose sur le bureau de l'Assemblée nationale le projet de loi de ratification de l'ordonnance est bien fait dans le délai prévu par la loi d'habilitation, empêchant par là l'ordonnance de 1999 de tomber dans la caducité. En revanche, que l'ordonnance de 2000 portant modification de celle de 1999 est intervenue en dehors de la période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 (fixée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 6 août 1997). La modification de l'ordonnance régissant les télécommunications en République du Mali ne peut donc se faire que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Cette décision du juge constitutionnel malien confirme l'existence dans l'ordre constitutionnel des Etats africains de la hiérarchie des normes<sup>24</sup> en l'occurrence la Constitution, la loi et l'ordonnance et fait

---

<sup>23</sup> Le Tribunal constitutionnel fédéral réservait sa compétence pour contrôler la législation communautaire au regard des droits fondamentaux *aussi longtemps* que la communautaire ne disposera pas elle-même d'un catalogue de droit fondamentaux. *Tribunal constitutionnel fédéral allemand, décision du 24 mai 1974, Solange I, BVerfGE, 37, 271 (279 et s)*. On citera, à cet égard, les fameux arrêts Solange I et II du tribunal de karlsruhe, ou même sa décision plus récente sur le traité de Lisbonne (entré en vigueur en 2009).

<sup>24</sup> B. M. METOU, « Existe-t-il une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des Etats africains », *Afrilex Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, 2019, 34 p.

du juge constitutionnel le gardien<sup>25</sup>, le conservateur des normes constitutionnelles.

## II. Un juge constitutionnel conservateur

Le juge constitutionnel malien dans son office d'interprétation, a confirmé la suprématie de la Constitution établie par le Maître viennois Hans Kelsen, notamment sur les lois et les ordonnances (A) en même temps qu'il a participé à la conservation des droits fondamentaux prescrits par la Constitution<sup>26</sup> (B).

### A. La conservation de la suprématie constitutionnelle

Le juge constitutionnel malien est le gardien de la norme fondamentale<sup>27</sup>, il assure de ce fait, sa suprématie<sup>28</sup>. De par sa fonction de régulation et d'interprétation, il contribue à garantir l'autorité de la norme suprême. Aussi a-t-il démontré à travers la *décision 00-120 du 27 juillet 2000*, qu'il détient le dernier mot<sup>29</sup> en matière d'interprétation de la norme constitutionnelle. En effet, à la suite des interprétations faites par les groupes de députés maliens au sujet de l'article 74 de la Constitution, on retiendra comme le souligne le juge en son dernier considérant que l'ordonnance n° 00-028/P/RM du 29 mars 2000 portant modification de l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 prise en application de la loi d'habilitation parce que intervenue en dehors de la période se situant entre la clôture de la session extraordinaire de juillet 1999 et l'ouverture de la session

---

<sup>25</sup> C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, p. 3.

<sup>26</sup> Art. 85 de la Constitution malienne : « La Cour constitutionnelle est juge de la constitutionnalité des lois et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques ».

<sup>27</sup> C. MOMO, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *op. cit.*, p. 421.

<sup>28</sup> M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, Tome 3, Dalloz, 2012, 825 p.

<sup>29</sup> L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP* 2005, p. 1027.



ordinaire d'octobre 1999 (fixée par la loi d'habilitation n° 99-034 du 6 août 1997) n'est pas valable car elle ne peut modifier l'ordonnance de 1999.

Par ailleurs, la modification ne peut se faire que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Ce dernier trouve son régime juridique dans les dispositions des articles 73 et 75 de la Constitution du Mali. Le délai retenu par le juge constitutionnel est donc celui fixé par la loi d'habilitation n° 99-034 du 4 août 1999 encadrée par la Constitution en son article 74 *in fine*.

### ***B. La sauvegarde des valeurs constitutionnelles***

La doctrine constitutionnelle davantage s'interroge sur les valeurs ou les identités constitutionnelles africaines<sup>30</sup>, mais dégage une unanimité sur la volonté du juge constitutionnel à consolider les acquis déclinés dans les Constitutions<sup>31</sup>. Le juge constitutionnel malien en déclarant recevable la lettre n° 030 du 17 juillet 2000 du président de l'Assemblée nationale, reconnaît ainsi la place réservée par la Constitution aux institutions de la République notamment à l'Assemblée nationale ainsi qu'à la Constitution qui l'habilite à saisir la Cour constitutionnelle aux fins d'interprétation de la norme suprême. Ce faisant, les lois ainsi que les ordonnances doivent être conformes à la Constitution.

Par ailleurs, en disant en son article 2 de la décision finale que : « l'ordonnance n° 99-043/P-RM du 30 septembre 1999 régissant les Télécommunications en République du Mali ne peut être modifiée que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif », le juge constitutionnel se présente comme un garant des droits et libertés fondamentaux, en l'occurrence les droits relevant de la technologie, de l'information et de la communication (TIC) qui au rang de la classification générationnelle des droits de l'homme, occupent la

---

<sup>30</sup> E. M. NGANGO YOUMBI et R. NGANDO DANDJE, « Existe-t-il une identité constitutionnelle africaine ? », *RDP*, 5-2021 31 p.

<sup>31</sup> 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*, n° 18-2007, p. 98.

troisième position. Il s'agit du droit à l'information et à la communication qui bien que consacrés par les Constitutions africaines, connaissent une application mitigée.

Le juge constitutionnel malien participe de ce fait à la conservation des droits acquis, notamment ceux consacrés par les articles 6<sup>32</sup> et 7<sup>33</sup> de la Constitution<sup>34</sup>. En effet, le tumulte des manipulations constitutionnelles, les crises politiques et électorales, le refus d'alternance, les violations massives des droits de l'homme freinent gravement l'accession du Mali comme celle de nombreux Etats africains au renouveau démocratique<sup>35</sup>. La montée en puissance du juge dans les ordres constitutionnels des Etats africains devrait susciter une évolution si non une révolution.

Le juge est, selon l'heureuse expression d'un auteur, un « changeur » entre l'hermétisme de la loi et le justiciable, puisqu'il traduit en termes clairs ce qui est compliqué<sup>36</sup>. Le juge constitutionnel malien s'inscrit dans cette logique puisqu'il apporte une lumière sur le délai ou précisément sur le temps qui était resté indéterminé par le constituant.

En faisant une interprétation littérale de la Constitution en l'occurrence sur le délai prévu à l'article 74, le juge obéit à la coutume constitutionnelle<sup>37</sup> selon laquelle les délais sont d'ordre public et qu'il n'appartient pas aux juges ni aux parties d'en disposer à leur gré. L'article 74 de la Constitution malienne remet sous le feu des

---

<sup>32</sup> Art. 6 de la Constitution du Mali : « ... le secret de correspondance et des communications sont inviolables. Il ne peut y être porté atteinte que dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>33</sup> Art 7 : « La liberté de presse est reconnue et garantie. Elle s'exerce dans les conditions fixées par la loi. L'égal accès pour tous aux médias d'Etat est assuré par un organe indépendant dont le statut est fixé par la loi ».

<sup>34</sup> D. KOKOROKO et A. KPODAR, « Controverse doctrinale », in *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, Presses universitaires du Bénin (PUB), 2013, p. 698-728.

<sup>35</sup> K. AHADZI NONOU, *Les défis du gouvernement démocratique en Afrique subsaharienne depuis 1990*, Harmattan-Sénégal, 2020, p. 6.

<sup>36</sup> F. RIGAUX, *La loi des juges*, O. Jacob, 1997, p. 7.

<sup>37</sup> R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du palais*, 29 décembre 1929, reproduit à la *RDP*, n°4, 1979, p. 967.

projecteurs cet aléa incontournable qu'est le temps et qui progressivement, innerve le droit public en général et le droit constitutionnel en particulier<sup>38</sup>.

Il invite de par son énoncé et même son énonciation<sup>39</sup>, le constituant à plus de *clarté* et de *précision* lors de l'élaboration de la norme constitutionnelle. A ce titre, les exigences de précision, de clarté, de qualité<sup>40</sup>, de prévisibilité<sup>41</sup>, d'accessibilité et d'intelligibilité<sup>42</sup> s'imposent aujourd'hui dans tous les ordres constitutionnels aux constituants et au juge constitutionnel lui-même<sup>43</sup>. Elles font partie des

---

<sup>38</sup> J. M. BIKORO, *Le temps en droit constitutionnel africain : le cas des Etats de l'Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat/ Ph.D en droit public, Université de Yaoundé II, année académique 2016-2017. p. 346.

<sup>39</sup> La différence entre l'énoncé et l'énonciation se clarifie en théorie constitutionnelle par le fossé qui existe désormais entre la théorie cognitive de l'interprétation encore dite « formaliste » et qui remonte à l'époque des lumières, et le néo-cognitivism contemporain, théorie aujourd'hui la plus répandue, qui affirme qu'à côté des cas « clairs pour lesquels l'application d'une norme ne soulève aucun problème, il y a toujours des cas « difficiles » ou « douteux » dans lesquels le juge exerce son pouvoir disciplinaire. L'énoncé d'une norme rappelle la déclinaison tandis que l'énonciation subodore la mise en pratique, l'effectuation. Lire K. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation, Textual Meaning, Original Intent and judicial Review*, Lawrence, 1999 : « interpretation finds meaning already existent in the constitutional text » p. 7; « constitutional interpretation discovers meaning » p. 11; R. HERNANDEZ MARIN, *Interpretacion, subsuncion, y aplicacion del Derecho*, Madrid-Barcelona, 1999.

<sup>40</sup> E. ABANE ENGOLO, « La notion de qualité du droit », *Revue africaine de droit et de science politique*, Vol. I, n° jan.-juin, 2013, p. 83-110 ; F. de PAUL TETANG, « À propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2016/4, p. 36.

<sup>41</sup> V. MARINESSE, *L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi*, Thèse 2007, Université Paris-X-Nanterre UFR de sciences juridiques, administratives et politiques, <http://tel.archives-ouvertes.fr/00/62/46/PDF/VITOTHESE1>, consulté le 10 mars 2020, p. 500.

<sup>42</sup> P. MALAURIE, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005/ 3 n° 114, p. 131. J. MORAND-DEVILIER, « Légistique et sémantique, le non dit, le mieux dit, plaidoyer pour l'épure », *Mélanges D. Truchet, L'intérêt général*, Dalloz, 2015, p. 404.

<sup>43</sup> Décision n° 31-HCC/ D3 du 16 octobre 2015 de la Haute Cour constitutionnelle malgache. Le juge motivera sa décision de la façon

nouvelles composantes de la sécurité juridique<sup>44</sup> et contribuent à l'enracinement de la légitimité du juge constitutionnel<sup>45</sup>.

La prise en compte de ces exigences viendra attester l'acquiescement par le juge constitutionnel malien de sa fonction politique régulatrice et de gardien des normes constitutionnelles qui font de lui le garant de l'Etat de droit en Afrique<sup>46</sup>. Le droit constitutionnel africain se veut progressivement un droit de la nécessité<sup>47</sup>, un véritable droit continu pour reprendre cette heureuse formule de Dominique Rousseau<sup>48</sup>.

---

suivante : « (...) dans l'exercice de l'élaboration et de la rédaction de la loi, le législateur demeure soumis à l'exigence de précision et de clarté dans les expressions qu'il utilise, et que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi impose d'édicter des normes cohérentes, suffisamment précises afin de prémunir les sujets de droit contre les applications contraires à la Constitution ».

<sup>44</sup> P.-G. POUGOUE, « Les Figures de la sécurité juridique », *Revue africaine des sciences juridiques* Vol. 4, n° 1, 2007, p. 1-8.

<sup>45</sup> L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel » in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46 n° 2, avril-juin 1994, p. 557-581 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », site [lecames.org](http://lecames.org), vol.1, 2015, consulté le 7 juillet à 2020 à 14h.

<sup>46</sup> M.-M. MBORANTSUO, *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, p. 267- 268.

<sup>47</sup> G. VEDEL, « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, septembre 1989, p. 15 ; P. WAFEU-TOKO, *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, coll. Etudes africaines, 2018, p. 16 ; A. F. ONDOUA, « Le nécessité en droit constitutionnel. Etude à partir de quelques expériences africaines », in *Mélanges en l'honneur de Joseph Owona, L'exception en droit, M. Ondo et P. E. Abane Engolo (dir.)*, L'Harmattan, 2012, p. 57-81 ; Selon le professeur ONDOUA, les solutions constitutionnelles appliquées en cas de nécessité en Afrique conduisent à affermir l'idée d'une friabilité de la théorie du mimétisme constitutionnelle. « On incline de ce point de vue à constater que sous le prisme de la nécessité, le droit constitutionnel africain tend à se singulariser ». p. 81.

<sup>48</sup> D. ROUSSEAU, « Le droit constitutionnel continu », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1517.

## L'EFFECTIVITE DU TRAVAIL DES ENFANTS EN DROIT MINIER MALIEN

**Demba TRAORE,**  
**doctorant en droit privé,**  
**dembatraore029@gmail.com**

**Résumé :** *Protéger les enfants contre les activités nuisibles à leurs droits, est une exigence de la communauté internationale à travers les conventions internationales qu'elle élabore, auxquelles les Etats souscrivent, parmi lesquels le Mali. Ces conventions imposent une double obligation à l'Etat du Mali. Celles de prévenir les atteintes et de réprimer les violations de l'interdiction du travail des enfants.*

*Cette obligation de protéger les enfants contre les travaux inacceptables est doublement limitée dans le cadre de l'exploitation minière au Mali. Cette limitation s'exprime par la matérialisation restrictive de l'obligation de consacrer le travail des enfants d'une part, et la protection de l'interdiction du travail des enfants d'autre part. Elle ne s'applique qu'à une certaine catégorie d'entreprises et exclut d'autres.*

*La mise en œuvre du travail des enfants est ainsi déficiente en raison de son applicabilité exclusive de l'exploitation artisanale et son admission implicite pour les exploitations semi-mécanisée, par dragage et industrielle. Cela compromet l'effectivité du travail des enfants dans les mines et les carrières.*

*En outre, les sanctions prévues ne visent que l'exploitation artisanale ou l'exploitation semi-mécanisée, et sont inapplicables en conséquence sur les exploitations de petite et de grande mine.*

**Mots-clés :** droit minier malien, l'effectivité, travail des enfants

« Travail, noble soutien de l'indépendance, seul bien que l'injustice des hommes ne saurait nous ravir, tu nous délivres du malheur de l'oisiveté, et tu nous fais goûter les douceurs du repos<sup>1</sup> ». Cette assertion montre toute l'importance du travail. Le travail assume plusieurs fonctions. Celles de nous donner des valeurs qu'aucune méchanceté humaine ne pourrait nous en priver, de nous libérer des inconvénients de l'inaction, et de nous accorder les avantages de l'effort consenti. Il est simplement le moyen permettant à une personne d'accéder à l'autonomie, au bonheur et d'être reconnu dans la société.

Le travail joue une triple fonction nécessaire voire indispensable pour une existence digne de l'homme : sociale, économique, financière<sup>2</sup>. Cependant, malgré les intérêts avérés du travail dans la vie de l'homme, le travail de certaines catégories de personnes n'est pas encouragé voire admis par le législateur. Il est ainsi encadré ou interdit. Cette position du législateur est justifiée par la volonté de protéger ces catégories de personnes contre les méfaits du travail. Le travail des enfants s'inscrit dans cette classe. Bien qu'il ait été condamné en des termes clairs et précis par la communauté internationale et mis hors la loi dans de nombreux pays, le travail des enfants<sup>3</sup> reste une pratique largement répandue surtout dans les pays

---

<sup>1</sup> G. DE LEVIS, « Les meilleures citations », disponible en ligne <https://www.qapa.fr/news/top-10-meilleures-citations-limportance-travail-545/>, consulté le 9 mars 2022 à 01h45mns.

<sup>2</sup> M. LE BIHAN-GUENOLE, *Droit du travail*, Hachette Supérieur, quatrième édition, 2005, p. 7.

<sup>3</sup> On estime que 160 millions d'enfants dans le monde sont impliqués dans le travail, soit une augmentation de 8,4 millions d'enfants au cours des quatre dernières années avec : 112 millions d'enfants qui travaillent dans le secteur de l'agriculture, 31,4 millions d'enfants impliqués dans les services, 16,5 millions d'enfants qui sont dans l'industrie. Près de 28 % des enfants âgés de 5 à 11 ans et 35 % des enfants âgés de 12 à 14 ans qui travaillent ne sont pas scolarisés. Pire encore : 79 millions d'entre eux exercent des activités dangereuses et des millions d'autres sont en danger en raison des conséquences de la pandémie de Covid-19.

en développement<sup>4</sup>. Cette réalité trouve sa parfaite expression dans ce constat « C'est dans les pays chauds que le problème du travail des enfants est le plus répandu car on y est très tôt en âge de travailler<sup>5</sup> ».

Parlant du travail des enfants, on peut *a priori* conclure qu'il s'agit du travail accompli par des personnes comme telles au sens des textes légaux<sup>6</sup>. Or, il n'en est rien. Bien qu'il soit difficile de donner une définition unanimement admise du travail des enfants. Néanmoins, deux critères dégagés par la doctrine permettent de proposer une définition acceptable du travail des enfants<sup>7</sup>. L'un est subjectif notamment l'âge et l'appartenance de l'enfant ou non à son milieu de travail, et l'autre objectif tels que la nature des travaux exécutés, les conditions dans lesquelles, ils s'exercent et les objectifs poursuivis par chaque pays.

La combinaison des critères sus évoqués débouche à l'existence de deux catégories de travail. Celles qui sont acceptables<sup>8</sup> et celles qui ne

---

<sup>4</sup> Le rapport, *Le travail des enfants en France, cadre juridique, situation de fait et de proposition pour le travail des jeunes de moins de 18 ans* du ministère de l'Emploi et de la Solidarité, direction des relations du travail, novembre 1998, p. 5.

<sup>5</sup> *Nouvelle Pensées* de Marc ESCAYROL, disponible en ligne [https://www.dicocitations.com/citation.php?mot=travail\\_des\\_enfants](https://www.dicocitations.com/citation.php?mot=travail_des_enfants), consulté le 9 mars 2022 à 01h33mns, (2021).

<sup>6</sup> Voir respectivement les art.s 1, 3,2, 2 et 22 convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, ratifiée en 1990, convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (C 138) de 1973, ratifiée le 11 mars 2002, convention sur les pires formes de travail des enfants, 1999 (n° 182) 1998, ratifiée le 14 juillet 2000, charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du juillet 1990, entrée en vigueur le 29 novembre 1999, ratifiée en 1998, ordonnance n° 02-062/P-RM du 5 juin 2002 portant Code de protection de l'enfant du Mali.

<sup>7</sup> F. GENDREAU, *Travail des enfants*, Société civile et politiques publiques, p. 153-154.

<sup>8</sup> Il s'agit des enfants vivant et travaillant au sein de la cellule familiale : c'est un mode de socialisation courant dans toutes les sociétés rurales, que l'on retrouve aussi dans le secteur informel urbain : elle n'est pas *a priori* une exploitation de l'enfant, mais ne l'exclut pas ; on peut rattacher à cette catégorie le cas, fréquent en Afrique de l'Ouest, des enfants confiés à des collatéraux.

le sont pas<sup>9</sup>. C'est cette dernière catégorie qui est considérée comme le travail des enfants, il englobe l'ensemble des activités qui privent les enfants de leur enfance, de leur potentiel et de leur dignité, nuisent à leur santé et à leur développement physique et psychologique<sup>10</sup>.

Le droit n'interdit pas tous les types de travail infantile. Certains types d'activité sont autorisés lorsqu'ils n'interfèrent pas avec la scolarité de l'enfant<sup>11</sup> et ne nuisent pas à l'enfant. La convention sur l'âge minimum et la convention sur les pires formes de travail des enfants énoncent en détail quels types de travail équivalent à un travail infantile, en fonction de l'âge de l'enfant, du type de travail réalisé, des heures prestées, de l'impact sur l'éducation et d'autres facteurs. Ainsi, les activités ménagères ou familiales, exercées dans les entreprises familiales ou les activités exercées en dehors des heures scolaires et pendant les vacances en vue de gagner de l'argent de poche ne sont pas considérées comme du travail des enfants, et en conséquence sont permises. Ce type de travail contribue au développement des enfants et au bien-être de leur famille; il leur permet d'acquérir des compétences, des habitudes et de l'expérience qui renforceront leur rentabilité et leur productivité une fois adultes<sup>12</sup>. Elles s'inscrivent tout simplement dans la ligne de socialisation de l'enfant.

---

<sup>9</sup> Il s'agit des enfants mis au travail à l'extérieur de leur famille : cette forme de travail lucrative prête plus que la précédente à l'exploitation des enfants ; ils peuvent vivre dans leur famille ou être placés par leur famille, travaillant et vivant hors de la cellule familiale avec laquelle les liens peuvent être plus ou moins bien conservés ; cette modalité peut correspondre à une exploitation forte du travail des enfants et, dans ses formes extrêmes, aller jusqu'à des situations proches de l'esclavage, comme dans le cas de la servitude pour dettes. M. BONNET.

<sup>10</sup> Rapport, « Eradiquer les pires formes de travail des enfants : Guide pour la mise en œuvre de la convention no 182 de l'OIT ». *Guide pratique à l'usage des parlementaires* n° 3, 2002, p. 14-15.

<sup>11</sup> Art.s 7, 26 et 34 de la loi n° 99-046 portant loi d'orientation sur l'éducation en République du Mali.

<sup>12</sup> *Ibid.*



La position d'un pays à l'égard du travail des enfants, varie d'un secteur économique à l'autre. De cette façon, l'encadrement<sup>13</sup> est prôné dans certains domaines d'activités et, l'interdiction<sup>14</sup> est préférée dans d'autres domaines. Le travail des enfants dans les mines relève de cette dernière catégorie. Le législateur malien a ainsi fait le choix d'interdire le travail des enfants dans le secteur minier<sup>15</sup>. Devant le phénomène sus indiqué, la réponse de la communauté internationale est claire. Elle interdit le travail des enfants<sup>16</sup> et après la ratification des conventions sus référencées, au regard du droit international et de la Constitution malienne<sup>17</sup>, le gouvernement malien est tenu de protéger les enfants contre les pires formes de travail, y compris leur utilisation dans les mines, ainsi que contre l'exploitation économique, la traite des êtres humains et la maltraitance.

Il n'est pas anodin de rappeler que les pays en voie de développement sont autorisés à spécifier un âge minimum de quatorze ans au moment de la ratification. Le Mali<sup>18</sup> n'a toutefois pas

---

<sup>13</sup> C'est le cas des travaux champêtres.

<sup>14</sup> C'est le cas de l'exploitation des ressources naturelles.

<sup>15</sup> Art. 50 de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM du 27 septembre 2019 portant Code minier en République du Mali.

<sup>16</sup> Voir la note *supra* relativement aux conventions citées.

<sup>17</sup> Art. 116 de la Constitution malienne du 25 février 1992 adoptée par référendum du 12 janvier 1992 et promulguée par décret n° 92-073 P-CTSP du 25 février 1992 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie. »

<sup>18</sup> Le Mali, Etat francophone de l'Afrique de l'Ouest, était jadis connu sous le nom du Soudan. Politiquement indépendant et constitutionnellement fondé depuis le 22 septembre 1960, le pays a hérité sa dénomination actuelle de Modibo Keita. Le Mali, en forme longue, la République du Mali, est un pays d'Afrique de l'Ouest, frontalier de la Mauritanie et de l'Algérie au Nord, du Niger à l'Est, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire au Sud, de la Guinée au Sud-Ouest et du Sénégal à l'Ouest. Il a une superficie de 1 241 231 km<sup>2</sup> avec une population 20 000 000 millions d'habitants (dernier rapport du recensement administratif à vocation d'état civil (RAVEC), publié par la direction nationale de la statistique et de l'information (DNSI).

fait usage de cette disposition<sup>19</sup>. Néanmoins, l'effectivité de l'interdiction du travail des enfants est galvaudée par la consécration restrictive de celle-ci dans le Code minier du Mali. Elle désigne la qualité de ce qui est effectif, c'est-à-dire entièrement réalisé ou mis en œuvre. L'effectivité des droits de l'homme fait ainsi référence à leur réalisation complète. Elle désigne un état de fait, une réalité ou un statut qui peut être décrit<sup>20</sup>. Or, les droits de l'homme « n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés, c'est-à-dire à partir du moment où une action attentatoire aux droits de l'homme peut effectivement, par des voies juridiques, être prévenue ou si elle a eu lieu, donner lieu à une réaction juridique par la sanction positive (satisfaction équitable) ou négative (condamnation des auteurs, annulation des actes). A défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits, mais de simples prétentions<sup>21</sup> ».

Malgré l'exigence posée pour les Etats de prendre des mesures nécessaires pour protéger les enfants contre le travail<sup>22</sup> et

---

<sup>19</sup> Art. 2 alinéa 4 de la convention de l'OIT sur l'âge minimum d'admission à l'emploi (C 138) de 1973.

<sup>20</sup> S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », art. présenté lors de la 42<sup>ème</sup> session de l'Institut international des droits de l'homme Strasbourg, 4-5 juillet 2011, p. 14.

<sup>21</sup> E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE (édit.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris: PUF, 2008, 349-52, p. 352. Selon les Nations unies, près d'un enfant sur dix dans le monde est sous le travail des enfants. Alors que le nombre d'enfants qui travaillent a diminué de 94 millions depuis 2000, le taux de réduction a ralenti des deux tiers ces dernières années, disponible en ligne <https://www.uniquenewsonline.com/fr/la-journ%C3%A9e-mondiale-contre-le-travail-des-enfants-2020-cite-des-r%C3%A9flexions-qui-soulignent-la-n%C3%A9cessit%C3%A9-de-prot%C3%A9ger-nos-enfants-de-l'exploitation>.

<sup>22</sup> Observation générale n° 2, *Convention relative aux droits de l'enfant, le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant*, Comité des droits de l'enfant, Trente-deuxième session 13-31 janvier 2003.

corollairement, assurer l'effectivité de l'interdiction du travail des enfants, nous constatons que le dispositif existant au Mali ouvre la brèche au travail des enfants. C'est ainsi qu'il interdit explicitement le travail des enfants dans les entreprises artisanales, et prévoit en conséquence des sanctions contre celles-ci. Cette démarche du législateur dans la consécration et la protection contre le travail des enfants, en vertu des principes généraux du droit autorise l'utilisation des enfants dans le cadre des catégories d'exploitation minière non visées. Ce qui nous permet de conclure à l'existence d'une interdiction parcellaire du travail des enfants.

L'étude de ce sujet n'est pas dépourvue d'intérêts. Elle existe d'abord, dans l'opportunité de mesurer l'étendue et l'effectivité des dispositions relatives au travail des enfants dans les entreprises minières au Mali. Ensuite, elle nous permettra de cerner les défaillances tant sur le plan processuel que substantiel du dispositif protecteur des enfants dans le cadre de l'exploitation minière.

La tentative de construction d'une législation minière respectueuse des droits de l'enfant, est infructueuse en raison de l'étendue de la consécration et de celle de la protection du travail des enfants par le Code minier. Ainsi, il découle de l'analyse des dispositions du Code minier que le travail des enfants ne concerne pas toutes les catégories d'exploitation et bénéficie en conséquence une consécration restrictive (I) et la protection du travail des enfants est également circonscrite (II).

### **I. Le travail des enfants, une consécration restrictive**

La doctrine<sup>23</sup> et les conventions internationales<sup>24</sup> imposent une triple obligation aux Etats, corollaire des droits humains. Celles de respecter, de protéger et de mettre en œuvre ou de donner effet aux

---

<sup>23</sup> N. LUBELL, « Les obligations relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'occupation militaire », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, n° 885, printemps 2012, p. 317-337, disponible en ligne <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-885-lubell-fre.pdf>, consulté le 10 mars à 03h54.

<sup>24</sup> Voir les conventions indiquées plus haut.

droits de l'homme. C'est celle de protéger que nous allons analyser dans le cadre de ce chapitre, elle consiste pour l'Etat de prendre des mesures destinées à protéger les droits humains contre les abus des tiers, soit des personnes physiques ou morales<sup>25</sup>. Elle est valable pour tous les droits humains y compris ceux de l'enfant. Néanmoins, l'étude du Code minier établit clairement que l'Etat malien met en œuvre partiellement l'obligation sus évoquée pour l'interdiction du travail des enfants.

Cela constitue un manquement par l'Etat du Mali à son obligation sus évoquée. C'est dans cette logique d'idée que la Cour de justice de la CEDEAO a conclu à la violation par l'Etat du Niger de son obligation de protéger consacrée par les principaux instruments juridiques régionaux et internationaux<sup>26</sup> relatifs aux droits humains auxquels, il est partie en estimant qu'il n'a pas pris les mesures qui s'imposent contre le travail des enfants, l'esclavage ou le mariage forcé de ceux-ci. Elle constate que ces pratiques constituent une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au développement de sa personnalité<sup>27</sup>.

Il ressort de l'étude du dispositif protecteur des droits de l'enfant consacré par le Code minier, que celui-ci est restrictif. Cette restriction se constate par l'affirmation parcellaire de l'interdiction du travail des enfants d'une part (*A*), et d'autre part, ce qui a pour corollaire une admission partielle et implicite du travail des enfants (*B*).

---

<sup>25</sup> A. SOMA, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », *African Yearbook of International Law*, 2008, vol. 16, p. 313-342.

<sup>26</sup> Notamment la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la charte africaine d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant et le pacte international relatif aux droits civils et politiques.

<sup>27</sup> Affaire ECW/CCJ/APP/27/19-Fodi Mohammed c Niger, Banjul, le 22 juin 2021, la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest *Cour de la CEDEAO*, a rendu ce jour le 22 juin 2021, son jugement en faveur de la partie demanderesse.

**A. L'affirmation exclusive du travail des enfants dans les entreprises minières artisanales**

L'Etat est obligé de prendre les précautions nécessaires pour prévenir des risques avérés d'atteinte aux droits de l'enfant par un tiers<sup>28</sup>. Cette obligation est prévue par les conventions internationales susmentionnées plus haut relatives aux droits de l'enfant, ratifiées par le Mali. Le travail des enfants étant interdit par lesdites conventions, l'Etat malien devrait en conséquence prendre de cette façon des mesures nécessaires pour empêcher l'implication des enfants dans les travaux jugés inacceptables.

Le travail dans les mines et les carrières constitue une catégorie de travail hostile à l'effectivité des droits de l'enfant. Ainsi, l'extraction minière compte parmi les secteurs et les occupations les plus dangereux<sup>29</sup>.

Eu égard à cette situation, pour satisfaire son obligation conventionnelle, le législateur malien pose le principe de l'interdiction du travail des enfants dans les activités d'exploitation minière artisanale. Cependant, cette interdiction est défectueuse. Elle ne concerne que les entreprises artisanales « La liste des équipements et matériels qui peuvent être utilisés pour l'exploitation artisanale est fixée par le décret d'application du présent Code. L'utilisation des explosifs et des substances chimiques dangereuses, notamment le cyanure, le mercure et les acides dans les activités d'exploitation artisanale, est interdite. Le travail des enfants est interdit dans les activités d'exploitation artisanale<sup>30</sup> ».

Cette démarche sélective rend difficile, la réalisation de l'effectivité de l'interdiction du travail des enfants. Elle ouvre même la brèche aux

---

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Organisation internationale du travail, Programme sur la sécurité et la santé au travail et sur l'environnement, « Hazardous Work », disponible en ligne [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/lang-en/WCMS\\_DOC\\_SAF\\_ARE\\_HAZ\\_EN/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/lang-en/WCMS_DOC_SAF_ARE_HAZ_EN/index.htm), consulté le 8 juin 2011 à 05h12mns.

<sup>30</sup> Art. 50 de l'ordonnance n° 02-062/P-RM du 5 juin 2002 portant Code de protection de l'enfant en République du Mali.

violations des droits de l'enfant. Les entreprises minières exploitantes classées par la législation minière selon leur méthode d'exploitation en exploitation artisanale, exploitation semi-mécanisée, exploitation par dragage et exploitation industrielle<sup>31</sup>.

Une lecture combinée des dispositions susvisées permet de constater le caractère exclusif du travail des enfants dans l'exploitation minière au Mali et de conclure à l'exclusion de l'exploitation semi-mécanisée, par dragage et industrielle de son champ d'application. Cette politique législative bien qu'attentatoire aux droits de l'enfant, pourrait être justifiée par l'utilisation exponentielle des enfants dans les entreprises artisanales. Elle est estimée entre 20 000 et 40 000 enfants<sup>32</sup>.

En outre, il est clairement prouvé que la protection contre le travail des enfants consacrée par la législation ne prend pas suffisamment en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être la considération primordiale dans toutes les mesures prises à son égard par les tribunaux, les autorités administratives, les institutions publiques et privées de protection sociale<sup>33</sup>. Ayant prévu, par la législation minière, l'interdiction exclusive du travail des enfants dans les entreprises artisanales. L'interdiction consacrée est matériellement limitée dans son champ d'application. L'interprétation des textes susvisés et

---

<sup>31</sup> Art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM DU 27 septembre 2019 portant Code minier en république du Mali.

<sup>32</sup> Une étude datant de 2001 a révélé qu'il y avait plus de 200 000 orpailleurs au Mali. En 2009, un responsable gouvernemental malien a également avancé le chiffre de 200 000 à l'occasion d'une présentation lors d'un atelier. Voir ONUDI/ Direction nationale de l'assainissement et du contrôle des pollutions et des nuisances, *Atelier sous-régional d'information des pays de l'Afrique de l'Ouest francophones sur les problèmes liés à l'orpaillage. Rapport de synthèse*, décembre 2009, p. 28. Une étude de l'OIT cite la direction nationale de la géologie et des mines selon laquelle, il y aurait quelque 100 000 orpailleurs au Mali. Organisation internationale du travail (OIT), « Etude transfrontalière sur le travail des enfants dans l'orpaillage au Burkina Faso, au Mali et au Niger. Volet pays Mali », mars 2010, p. 9.

<sup>33</sup> Art. 3 de l'ordonnance n° 02-062/P-RM du 5 juin 2002 portant Code de protection de l'enfant en République du Mali.

l'analyse des principes généraux du droit <sup>34</sup>aboutissent à l'admission pour les entreprises d'exploitation semi-mécanisée, d'exploitation par dragage et d'exploitation industrielle.

***B. l'admission implicite du travail des enfants dans les autres catégories d'entreprises minières***

L'existence de lien étroit entre la rédaction et l'interprétation des lois et autres textes normatifs est évidente. La règle de droit est formulée en des termes abstraits, et l'interprétation de celle-ci permet de la concrétiser en une norme claire pour résoudre un problème particulier<sup>35</sup>. Interpréter une règle de droit revient à fixer sa portée c'est-à-dire les éléments auxquels elle s'applique et ceux qui sont exclus de son champ d'application. Pour y arriver, le juge dispose de procédé d'interprétation parmi lesquels, l'interprétation *a contrario*. Il est le procédé d'interprétation permettant à l'interprète de retenir l'inverse de ce que la règle de droit prévoit, dès lors que les conditions de son application ne sont pas remplies. En cas d'interprétation *a contrario*, on considère que lorsque le texte dit quelque chose, il est censé nier le contraire. Ainsi, quand un objet est inclus dans une règle de droit, son contraire en est exclu<sup>36</sup>.

Le raisonnement *a contrario* trouve essentiellement à s'appliquer dans les cas où la règle à interpréter pose une interdiction ou contient une exception, les deux pouvant d'ailleurs se confondre dès lors que dans une société libérale comme la nôtre, l'interdiction se présente toujours comme une exception. L'interprétation *a contrario* de la règle

---

<sup>34</sup> Voir les interprétations des principes selon lesquels « Tout ce qui n'est pas interdit est permis », « dicit de uno negat de altero », « inclusione unius fit exclusione alterius » et « exceptio est strictissimae interpretationis ».

<sup>35</sup> L.-P. PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, Québec, Éditeur officiel, 1965, p. 209.

<sup>36</sup> M. HERVIEU, *Introduction au droit, l'interprétation de la règle de droit : les techniques d'interprétation*, disponible en ligne <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/art./linterpretation-de-la-regle-de-droit-les-techniques-dinterpretation-episode-3/h/d6c517abbae750e16ab85ade1a15959f.html>, consulté le 10 mars 2022 à 02h02mns.

repose ainsi sur l'idée que tout ce qui n'est pas défendu est permis<sup>37</sup>. D'ailleurs, il n'est pas insignifiant de rappeler que cette idée a aujourd'hui acquise une valeur constitutionnelle au Mali<sup>38</sup>. Elle est aussi soutenue par le principe selon lequel « les exceptions sont d'interprétation stricte<sup>39</sup> » qui veut que les exceptions prévues par la loi soient étroitement enfermées dans les limites explicitement posées à son application. Celles-ci ne doivent pas être étendues au-delà du cas expressément prévu par la loi. De cette façon, comme expliqué plus haut, l'interdiction du travail des enfants étant prévue explicitement pour l'exploitation artisanale, elle est dès lors admise implicitement pour les exploitations semi-mécanisée, d'exploitation par dragage et d'exploitation industrielle.

Ainsi, les entreprises exploitantes semi-mécanisées, par dragages et industrielles en vertu du principe sus évoquées peuvent employer les enfants sans être inquiétées parce qu'elles ne rentrent pas dans son champ d'application. Par exemple en achetant à vil prix les minerais produits par les enfants, ceci constitue un facteur de plus, favorisant le travail des enfants dans les mines et carrières. Prévoir des sanctions contre de tels acteurs serait une contribution efficace pour contenir le travail des enfants. L'ordonnance n° 2019-022/P-RM DU 27 septembre 2019 portant Code minier en république du Mali doit se montrer plus explicite sur les personnes qui bénéficient du travail des enfants. L'effectivité de la règle en dépend, de même que sa capacité à s'adapter aux circonstances nouvelles ou imprévues.

Bien qu'il soit vrai que les traités ratifiés par un Etat ont vocation à s'appliquer dans son ordonnancement juridique<sup>40</sup>. Néanmoins,

---

<sup>37</sup> P.-A. COTE, *Interprétation des lois*, Éditions Thémis, Montréal, 3<sup>e</sup> édition, 1999, p. 203.

<sup>38</sup> Voir art. 11 de la Constitution du 25 février 1992 adoptée par référendum du 12 janvier 1992 et promulguée par décret n° 92-073 P-CTSP DU 25 février 1992 « Tout ce qui n'est pas interdit par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

<sup>39</sup> Maxime d'interprétation « exceptio est strictissimae interpretationis ».

<sup>40</sup> M. SASOLI, « Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme: une comparaison », in *A.S.D.I.*, 1987, p. 34-61.



l'applicabilité du traité<sup>41</sup> dépend du système juridique de l'Etat concerné. Selon qu'il s'agit d'un Etat moniste<sup>42</sup> ou dualiste<sup>43</sup>. Pour le

---

<sup>41</sup> S.L. CLAUDIAS, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 115 et s.

<sup>42</sup> La théorie moniste considère qu'il n'y a qu'un seul ordre juridique se préoccupant à la fois des questions internes et internationales qui sont inextricablement indissociables. A ce titre, les différences qui peuvent exister entre le droit international et le droit interne sont moins de nature que de degré ; et en fonction des sensibilités doctrinales, le monisme, qui peut être radical ou modéré, peut aussi être à primauté du droit interne ou à primauté du droit international. Ce qui est constant dans la pratique actuelle, c'est qu'il appartient à l'ordre juridique interne, mais en conformité avec le droit international, de déterminer l'effet qu'il entend conférer à celui-ci et de fixer les compétences respectives des autorités internes à son égard. La coordination ainsi opérée entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international aboutit à de nécessaires rapports d'autonomie relative, d'interdépendance et de complémentarité qui se retrouvent dans l'option constitutionnelle de chaque Etat. Cf. Denis ALLAND, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p. 355 et s. ; Alfred VERDROSS, « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, P.U.B., 1968, p. 85 et s. ; Thiery HUBERT, Serge SUR, Jean COMBACAU et Charles VALLEE, *Droit international public*, p. 180 et s. ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2006, p. 419 et s.

<sup>43</sup> Le dualisme, incarné par Triepel et Anzilotti, conçoit le droit international et le droit interne comme constituant deux ordres juridiques radicalement distincts, indépendants et égaux ; le premier s'adressant aux organes de l'Etat chargés des relations internationales et non aux particuliers pour lesquels il n'établit directement ni droits ni obligations. L'inexistence d'une interaction entre ces deux systèmes induit qu'une règle internationale ne peut avoir d'efficacité en droit interne qu'à la condition d'y avoir été expressément réceptionnée et transposée. D'une part, il faut que la norme internationale soit introduite par un acte interne spécial, telle la promulgation, et de façon générale toute disposition interne, qui prévoit ses conditions d'application ; d'autre part, que ses dispositions soient reprises par des instruments internes qui en transposent les termes en les rendant efficaces à l'égard des sujets de droit interne, par exemple une loi ou un règlement. Une défaillance de l'Etat dans cette opération de transmutation, rendant non invocables les droits reconnus par l'instrument international sous sa juridiction, ne peut se résoudre que par les mécanismes de la responsabilité internationale. V°

premier, il s'agit d'une applicabilité immédiate, et pour le second, il s'agit d'une obligation de résultat d'introduction dans son ordre juridique interne les traités relatifs aux droits de l'homme. Cela est un principe général du droit international fondé sur la règle *pacta sunt servanda*<sup>44</sup>.

Le Mali ayant opté pour le monisme, sur le plan théorique, il n'y a pas de difficultés à engagé la responsabilité des entreprises exploitantes non visées expressément par la législation minière. Puisqu'il faut le rappeler, l'interdiction du travail des enfants a été consacrée par les conventions internationales que le Mali a ratifiées et celles-ci ont une valeur supra législative selon la constitution du Mali<sup>45</sup>. A cet effet, *a priori*, la protection restrictive constatée dans le Code minier ne constitue pas un véritable obstacle pour la réalisation effective de la prohibition du travail des enfants dans les entreprises minières implicitement exclues. Cependant, cette lecture ne tient pas compte de toute la réalité. D'abord, l'invocabilité et la justiciabilité des droits humains, n'ayant pas fait l'objet d'incorporation dans le droit interne se heurtent souvent à la réticence voire au refus du juge interne. Dans ce cas de figure, les justiciables ne peuvent saisir que les juridictions internationales qui ne sont pas compétentes pour juger les entreprises. Ensuite, le difficile dialogue entre le juge interne et le juge international n'est pas très souvent concluant en raison de la rébellion des juges internes. Ce refus du juge interne malgré l'absence d'obligation de transposition du traité international comme une condition de son applicabilité se justifie par sa non consécration en droit interne. Dès lors, il est prudent pour une actionnabilité indiscutable des droits de l'enfant de leur intégrer dans le droit

---

Thiery HUBERT, Serge SUR, Jean COMBACAU et Charles VALLEE, *Droit international public*, Paris, éd. Montchrestien, 1986, p. 180 ; Union économique et monétaire ouest africain, L'application des droits communautaires UEMOA et OHADA par le juge national, <http://droit.francophonie.org/doc/html/znao/doc/dcum/fr/2003/2003dfznaodcumfr9.html>.

<sup>44</sup> A. SOMA, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso » *op. cit.*

<sup>45</sup> Art. 116 de la Constitution précitée.

interne, condition indispensable de leur effectivité. Cela permet aux titulaires des droits de saisir directement le juge et d'obtenir la sanction de la violation de leurs droits.

Au-delà de la reconnaissance exclusive, constituant un obstacle à l'effectivité des droits de l'enfant, la protection contre le travail des enfants est aussi restreinte par le Code minier aussi bien quant aux personnes qui peuvent être sanctionnées pour violation de l'interdiction précitée et celles pouvant saisir le juge.

## II. Le travail des enfants, une protection restrictive

Un droit humain de façon générale n'est pas un droit lorsque sa violation n'est pas effectivement sanctionnée. Son effectivité est malmenée, quand il ne bénéficie pas une protection complète<sup>46</sup>. Il faut entendre par protection, la répression de la violation des droits de l'homme. Pour arriver à cette fin, les Etats ont l'obligation de protéger les droits de l'homme en adoptant des mesures visant à réprimer les atteintes aux droits de la personne humaine. Cette exigence vaut pour les droits de l'enfant<sup>47</sup>.

L'obligation de protéger peut-être de nature réparatrice ou de nature préventive. A cet effet, l'Etat doit prévenir toutes les actions attentatoires aux droits de l'enfant et si ses droits doivent être finalement violés, l'Etat doit veiller à ce qu'une réparation soit obtenue par la victime<sup>48</sup>. Ainsi, l'effectivité de l'interdiction du travail des enfants, nécessite de donner effet à cette obligation de l'Etat, et elle doit concerner les violations des droits humains et toutes les violations. Néanmoins on remarque, que l'Etat procède dans le cadre

---

<sup>46</sup> M. ERIC, « Effectivité des droits de l'homme », in *Andriantsimbazovina, op. cit.*

<sup>47</sup> V. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Publié en 1978 par l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture 7, place de Fontenoy, 75700 Paris Imprimé par Snoeck-Ducaju & Fils, 1978, p. 124.

<sup>48</sup> Voir système international de protection des droits de l'homme dans le fichier *Système\_protect\_DH.pdf*, disponible en ligne, consulté le 13 mars 2022 à 13h30mns.

de l'exploitation minière, s'agissant des droits de l'enfant, à une mise en œuvre parcellaire de cette obligation.

La protection du travail des enfants est incomplète dans le contexte de l'exploitation minière. De cette manière, la sanction restrictive du travail des enfants est affirmée d'une part (A), et d'autre part, cela a pour corollaire la sélectivité des personnes pouvant être l'objets ou être titulaires des actions en cas de violation de l'interdiction du travail des enfants (B).

***A. L'affirmation du caractère sélectif des sanctions pour le travail des enfants***

L'obligation de prévention destinée à éviter la violation des droits de l'homme peut ne pas produire les résultats escomptés, la protection qui se matérialise par la répression du non-respect des droits sus évoqués prend ainsi place. Cette répression peut prendre la forme d'une sanction positive<sup>49</sup> ou négative<sup>50</sup>. Mais, il ne suffit pas qu'elle soit prévue, il faut qu'elle soit efficace. Cela ne dépend pas seulement de la consécration. Les modalités de celle-ci sont importantes sinon indispensables pour l'effectivité des droits de l'homme. Cette obligation est consacrée par les conventions internationales de protection des droits de l'enfant. L'Etat malien voulant donner écho à cette exigence conventionnelle, il consacre la protection du travail des enfants dans les mines en prévoyant des sanctions pour la violation de l'interdiction du travail des enfants.

Il est à constater que cette sanction est protéiforme. De cette façon, elle peut être administrative ou juridictionnelle. Cependant, la même remarque découle pour la consécration de la sanction, que, pour l'interdiction du travail des enfants. C'est que les sanctions prévues contre l'utilisation du travail des enfants dans les mines et carrières

---

<sup>49</sup> Il s'agit de donner une satisfaction équitable aux victimes en leur allouant une indemnité ou emprisonner les auteurs de la violation de l'interdiction du travail des enfants.

<sup>50</sup> Il s'agit de prononcer une condamnation contre les auteurs de la violation de l'interdiction du travail des enfants ou une annulation des actes violents les droits de l'enfant.

sont sélectives et restrictives<sup>51</sup>. Ce qui fragilise l'efficacité de l'interdiction du travail des enfants, et en conséquence, l'efficacité de la législation en la matière.

Ces caractères des sanctions de la violation de l'interdiction du travail des enfants résultent de l'interprétation des textes ci-dessous. D'abord, le premier du texte consacrant la sanction administrative ne concerne que l'exploitation artisanale ou l'exploitation semi-mécanisée. Ainsi, il déclare que « les titres miniers attribués en vertu du présent Code sont annulés conformément aux dispositions du présent chapitre, sans indemnité ou dédommagement, pour l'une des causes ci-après : »

« B. Pour le permis d'exploitation artisanale ou le permis d'exploitation semi-mécanisée : »

« f) l'utilisation du travail des enfants dans les opérations ainsi que toute exploitation qui porte atteinte aux droits de l'homme reconnus par la République du Mali<sup>52</sup> ».

A la lecture de cette disposition, un constat s'impose. Lequel ? L'annulation des titres miniers, consacrée comme la sanction de l'utilisation du travail des enfants dans les opérations minières, ne porte que sur le permis d'exploitation artisanale ou le permis d'exploitation semi-mécanisée. Cette protection consacre une sanction sélective. Ainsi, elle exclut le permis de grande mine<sup>53</sup> et le permis de petite mine<sup>54</sup> et ne peut s'appliquer que pour le permis d'exploitation artisanale ou le permis d'exploitation semi-mécanisée. Or, il n'est pas impossible que les titulaires des permis d'exploitation de petite et de grande mine se servent du travail des enfants. Dès lors, il était idoine

---

<sup>51</sup> V. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, op. cit., p. 133.

<sup>52</sup> Art. 189 de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM du 27 septembre 2019 portant Code minier en République du Mali.

<sup>53</sup> Art. 62 de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM du 27 septembre 2019 portant Code minier en République du Mali.

<sup>54</sup> Art. 53 de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM du 27 septembre 2019 portant Code minier en République du Mali.

pour l'Etat, de consacrer une protection extensive et complète du travail des enfants pour l'effectivité de son obligation de protéger.

Ensuite, le second aspect du texte prévoit des sanctions judiciaires contre les entreprises qui font travailler les enfants sur leur chantier. Ainsi, il dispose que « sont punis d'un emprisonnement de onze (11) jours à deux (2) ans et d'une amende de 1 000 000 à 5 000 000 Francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement :

d) ceux qui acceptent de faire travailler les enfants sur leur chantier<sup>55</sup> ».

L'analyse de cette disposition nous permet de conclure *a priori* que cette consécration des sanctions est extensive, et concerne en conséquence toutes les entreprises minières. Qu'elle que soit la forme d'exploitation pratiquée, artisanale, semi-mécanisée, par dragage et industrielle. Cette analyse n'emporte pas notre conviction. Elle résulte à notre avis d'une lecture restrictive et sélective des dispositions du Code minier. Or, il faut une étude holistique pour s'en rendre compte que les sanctions prévues ne sont extensives. Ainsi, l'interprétation combinée des dispositions de l'article 50 et celles de l'article 194 du Code susvisé aboutit à la conclusion selon laquelle les sanctions susmentionnées ne s'appliquent que lorsqu'il s'agit d'exploitation artisanale. Les arguments militants en faveur de ce raisonnement sont doubles.

- D'abord, le travail des enfants n'est interdit que pour l'exploitation artisanale. En vertu du principe sacro-saint de légalité, chaque interdiction s'accompagne d'une sanction, ainsi aucune sanction ne peut s'appliquer sans une interdiction préalable. Or, en l'espèce, l'interdiction ne concerne que la forme d'exploitation sus indiquée ;
- Ensuite, les sociétés sont pénalement irresponsables en droit malien. Or, les sanctions prévues sont pénales.

Outre la restriction dans la mise en œuvre de la sanction, les modalités d'exercice de l'action judiciaire contre le travail des enfants sont sélectives.

---

<sup>55</sup> Art. 194 de l'ordonnance n° 2019-022/P-RM du 27 septembre 2019 portant Code minier en République du Mali.

**B. L'affirmation du caractère sélectif de l'accès à la justice contre le travail des enfants**

L'accès à la justice a une double dimension. D'abord, une dimension philosophique, celle-ci permet au justiciable titulaire d'un droit de réclamer auprès d'un juge la reconnaissance de son droit ou de se voir attribuer le droit qui lui revient<sup>56</sup>. Ensuite, une dimension politique, celle-ci permet de revendiquer la concrétisation même des droits et des libertés appartenant aux justiciables<sup>57</sup>. L'accès à la justice est un droit fondamental. Il est consacré par les instruments internationaux<sup>58</sup> de protection des droits de l'homme, ratifiés par le Mali. La prééminence du droit sus évoqué s'exprime aussi bien dans sa dimension objective que subjective. Ainsi, objectivement, le droit d'accès à la justice garantit l'action en justice tandis que subjectivement il exprime l'accès à un juge, l'accès au tribunal<sup>59</sup>.

Dans un Etat de droit, la proclamation des droits de l'homme serait vaine si ces droits ne peuvent être invoqués devant un juge ou une instance de protection des droits humains<sup>60</sup>. Aussi, afin de protéger

---

<sup>56</sup> CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen, aff. 294/83, Rec. 1339,

<sup>57</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'accès à la justice au sein des droits de l'Homme », 2018, p. 49-61

<sup>58</sup> Voir l'art. 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) du 27 juin 1981 : « « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a. le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur (...) », l'art. 8 la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnues par la constitution ou par la loi » et l'art. 14.1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, impartial, établi par la loi (...) ».

<sup>59</sup> T. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, RTD. Civ. 1993, p. 33.

<sup>60</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH), *Avis sur l'accès au droit et à la justice dans les outre-mer, essentiellement en*

tous les droits de l'homme, le droit d'accès à la justice assure la fonction de garantie de ces droits de l'homme. Cette garantie peut être défensive comme elle peut être offensive<sup>61</sup>. D'abord défensivement, le droit d'accès à la justice sert de bouclier aux autres droits de l'homme. Ensuite offensivement, il assure la fonction de fer de lance des droits de l'homme<sup>62</sup>. Pour faire face aux attaques qui visent les droits de l'homme, dans une société fondée sur la prééminence du droit, sur l'état de droit, le droit d'accès à la justice est la première des garanties<sup>63</sup>.

Avons-nous évoqué que les conventions internationales susmentionnées consacrant le droit sus indiqué ont été approuvées par l'Etat du Mali ? Elles imposent l'obligation au Mali de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de réaliser l'accès à la justice, y compris pour la violation des droits de l'enfant. Néanmoins, on constate que l'Etat du Mali met en œuvre partiellement cette obligation positive dans le cadre de l'exploitation minière pour l'interdiction du travail des enfants.

Ainsi, il est difficile de saisir les juridictions pour le travail des enfants contre certaines entreprises évoquées ci-dessus. Cela se justifie par la licence implicite qu'elles bénéficient pour utiliser le travail des enfants. De ce fait, les actions dirigées contre elles doivent être déclarées irrecevables pour défaut de qualité, condition indispensable de la recevabilité de toute action judiciaire. De cette manière, il a été jugé qu'est irrecevable toute demande formée contre une personne autre que celle à l'encontre de laquelle les prétentions peuvent

---

*Guyane et à Mayotte*, l'effectivité des droits de l'homme dans les Outre-mer, a été adoptée à l'unanimité lors de l'Assemblée plénière du 22 juin 2017, 2018.

<sup>61</sup> T. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, op. cit., p. 45.

<sup>62</sup> A.-M. SANTORINEOS, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au tribunal des droits de la personne », 42 *R.D.U.S.*, 2012, p. 60-80.

<sup>63</sup> M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 156.



effectivement être formées<sup>64</sup>. La seule possibilité qui s'offre ainsi aux victimes est de se rapporter aux instances internationales de protection des droits. Celles-ci malheureusement ne peuvent pas juger les entreprises. Elles ne sont compétentes qu'à l'égard des Etats<sup>65</sup>.

\*

\* \*

L'effectivité d'un droit est la réalisation totale de celui-ci<sup>66</sup>. Cela n'est possible que lorsque toutes les violations sont réprimées sans distinction<sup>67</sup>. Or, il n'en est rien pour le travail des enfants dans les mines au Mali. Ainsi, l'interdiction du travail<sup>68</sup> des enfants dans les mines et carrières ne sera jamais effective tant qu'elle demeure discriminatoire. Elle est et restera une chimère pour l'éternité. Cette étude aura permis de démontrer que, malgré la classification du travail dans les mines et les carrières comme une activité dangereuse par les conventions internationales de protection des droits de l'enfant<sup>69</sup>, qu'il n'est pas carrément interdit par le législateur malien dans les activités sus évoquées<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> Voir l'arrêt du 5 décembre 1995 (Civ. 1<sup>re</sup> 5 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 442, p. 309) et celui du 28 janvier 1987 (Civ. 3<sup>e</sup> 28 janv. 1987, *JCP* 1987.IV.111).

<sup>65</sup> C. BRIGHT, *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, thèse de doctorat, European University Institute, département des sciences juridiques, Florence, juillet 2013, p. 254.

<sup>66</sup> S. BESSON, « L'effectivité des droits de l'homme : Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 68.

<sup>67</sup> Bureau international du travail (BIT), *Genre et travail des enfants dans les mines et carrières au Burkina Faso, au Mali et au Togo, Synthèse des études de cas*, 2012, p. 15.

<sup>68</sup> Article 1 de la convention sur les pires formes de travail des enfants, Bureau international du Travail (BIT), 1999 (n° 182).

<sup>69</sup> Article 3 de la convention sur les pires formes de travail des enfants, Bureau international du Travail (BIT), 1999 (n° 182).

<sup>70</sup> UNICEF, *Protection des enfants dans les zones d'exploitation minières Artisanales*, Call for Expression of Interest CEF/MLI/2019/004, Koulikoro, 2019, p. 12.

Cette interdiction inégalitaire du travail des enfants est constatée d'abord par sa consécration restrictive mais aussi par sa protection sélective, qui a pour corollaire la possibilité pour certaines entreprises d'utiliser les enfants ou les services de ceux-ci dans le cadre de l'exploitation minière et leur exclusion des sanctions applicables.

L'effectivité de l'interdiction du travail des enfants est ainsi effritée par la possibilité pour certaines entreprises <sup>71</sup>d'y faire recours en raison des défaillances des instruments et des mécanismes de protection des enfants contre leur utilisation dans les activités minières extractives. En adoptant une telle démarche dans la consécration et la protection, le législateur manque à son obligation internationale de prendre toutes les mesures nécessaires et urgentes en vue d'interdire le travail des enfants. Il faut une conception plus extensive pour une effectivité réelle de l'interdiction du travail des enfants dans les activités minières au Mali. Cela passe nécessairement par la modification du dispositif existant, condition sine qua non pour la réalisation effective de l'interdiction du travail des enfants dans les mines et les carrières.

---

<sup>71</sup> Il s'agit des petites mines et les grandes mines etc.

## LA CONTRACTUALISATION FISCALE DES PRIX DE TRANSFERT ET LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT AU MALI

**Demba TRAORE,**  
**doctorant en droit privé**  
**dembatraore029@gmail.com**

**Résumé :** *L'Etat du Mali, à l'instar de plusieurs Etats, conclut des contrats d'investissement encore appelés les contrats d'Etat garantissant la libre transférabilité des fonds. Sous la couverture de la jouissance de cette liberté, les entreprises multinationales pratiquent le transfert indirect des bénéfices imposables. Cette pratique des entreprises entraîne l'érosion de la base taxable et l'effritement des recettes fiscales.*

*La récente réforme de la législation fiscale malienne sur les prix de transfert est justifiée par la volonté de renforcer les mesures destinées à lutter contre le transfert indirect des bénéfices imposables. A cet effet, la plus grande avancée qu'elle a enregistrée est la consécration de l'accord préalable sur les prix de transfert autrement dit, la contractualisation fiscale des prix de transfert.*

*L'accord préalable assure la sécurité juridique pour les contribuables et la sécurité fiscale pour les administrations fiscales. Il est aussi et surtout un mécanisme d'évitement du contentieux fiscal. En outre, les accords préalables permettent de contrôler les prix de transfert, de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale internationales.*

**Mots-clés :** *La contractualisation fiscale, les prix de transfert, les contrats d'investissement, Mali*

« Les politiques fiscales des Etats doivent s'internationaliser, à l'instar des pratiques fiscales des entreprises »<sup>1</sup>. Cela est plus qu'une nécessité pour le Mali. La fiscalité est un pilier fondamental de la souveraineté des Etats. Le système fiscal actuel du Mali a été conçu au moment où les frontières et les espaces fiscaux coïncidaient avec les territoires nationaux.

La prolifération des entreprises multinationales ouvre une brèche à la multiplication de l'optimisation fiscale agressive<sup>2</sup>. Cela ne fait aucun doute depuis belle lurette à l'échelle internationale. Ainsi, la communauté internationale en a pris conscience à travers l'OCDE et l'ONU en adoptant des conventions fiscales internationales pour protéger l'assiette fiscale des pays de résidence des multinationales contre le transfert indirect des bénéfices. En revanche, l'analyse globale de la législation fiscale malienne avant la nouvelle législation sur les prix de transfert conduirait à conclure que les prix de transfert ne bénéficiaient pas d'une grande attention<sup>3</sup>. En effet, celle-ci dispose clairement qu'elle renforce le dispositif législatif existant sur les prix de transfert<sup>4</sup>. Ce renforcement des mesures relatives aux prix de transfert est destiné à lutter contre la fuite de l'impôt des entreprises transfrontalières. Il s'est matérialisé par l'introduction de la possibilité de la conclusion d'un accord préalable entre le fisc et les entreprises multinationales.

Les accords d'investissements ou contrats d'Etat permettent très souvent aux entreprises sus indiquées de s'établir dans un Etat, et d'exercer leurs activités. Ils définissent et déterminent, les conditions dans lesquelles, un projet d'investissement doit se réaliser sur le territoire d'un pays. Ainsi, les contrats d'investissement étrangers sont

---

<sup>1</sup> W. SCHAUBLE, ministre fédéral allemand des Finances, « Chronique », 11 novembre 2014, 17h36 mn.

<sup>2</sup> Ce sont des pratiques fiscales mises en place par de grandes entreprises multinationales pour minimiser les impôts à payer. Elles sont utilisées dans les rapports intra-groupes impliquant plusieurs juridictions fiscales.

<sup>3</sup> La loi n° 2018- -072 du 21 décembre 2018 portant loi de finances pour l'exercice 2019.

<sup>4</sup> Article 1 de la loi n° 2018- -072 du 21 décembre 2018 portant loi de finances pour l'exercice 2019.

des accords entre un investisseur étranger ou une filiale locale d'un investisseur étranger et un pays ou une entité publique<sup>5</sup>. Ces contrats d'investissement consacrent la liberté de transfert de fonds au profit des entreprises signataires<sup>6</sup>. Elle a pour corollaire les prix de transfert. Ce qui constitue un terrain fertile pour le transfert indirect des bénéfices, préjudiciable aux recettes fiscales des Etats. Mieux, aux termes de l'article VIII, section 2(a) des statuts du Fonds, « aucun membre n'imposera, sans l'approbation du Fonds, de restrictions sur les paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes<sup>7</sup> ». Il découle de cette disposition que les Etats ne peuvent

---

<sup>5</sup> <http://negotiationsupport.org/fr/glossary/contrat-dinvestissement>, IIED Briefing 4: Foreign Investment Contracts (2007), consulté le 25 février 2022 à 00h36.

<sup>6</sup> Voir respectivement l'accord relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements entre le gouvernement de la république du Mali et le gouvernement des Emirats Arabes Unis, le 6 mars 2018, convention d'établissement entre le gouvernement de la République du Mali et la société des Mines de Goukoto SA, Goukoto SA signée 18 avril 2012, convention d'établissement entre le gouvernement de la république du mali et la société ressources ROBEX Mali SARL « ROBEX » signée le 27 décembre 21011, République du Sénégal convention minière pour or et autres substances minérales associées passée en application de la loi n° 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le gouvernement de la république du Sénégal et périmètre de Kenieba entre le gouvernement de la république du Sénégal ci-après dénommé l'Etat et la société 3S international ci-après dénommée société signée le 6 février 2008.

<sup>7</sup> Statuts du Fonds monétaire international(FMI) adoptés à la conférence monétaire et financière des Nations unies à Bretton Woods (New Hampshire) le 22 juillet 1944 et entrés en vigueur le 27 décembre 1945. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 23-5 du 31 mai 1968 ont pris effet le 28 juillet 1969. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 31-4 du 30 avril 1976 ont pris effet le 1<sup>er</sup> avril 1978. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 45-3 du 28 juin 1990 ont pris effet le 11 novembre 1992. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 52-4 du 23 septembre 1997 ont pris effet le 10 août 2009. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 63-3 du 5 mai 2008 ont pris effet le 18 février 2011. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 63-2 du 28 avril 2008 ont pris effet le 3 mars 2011.

pas poser des restrictions aux transactions courantes des entreprises transnationales sans l'aval du fonds.

Il n'est pas anodin de rappeler que les prix de transfert touchent principalement aux recettes de l'impôt sur les sociétés (IS), l'impôt sur les revenus de valeurs mobilières (IRVM) applicables sur les intérêts et les dividendes et les retenues à la source (RAS)<sup>8</sup>. Les prix de transfert sont, selon l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), « les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées »<sup>9</sup>. Ces prix de transfert sont souvent manipulés par les entreprises multinationales pour soustraire leurs revenus imposables à la souveraineté fiscale des Etats. La manipulation s'effectue par le transfert indirect du bénéfice imposable.

L'optimisation fiscale agressive entraîne l'érosion de la base taxable. Pour juguler cette pratique préjudiciable à l'assiette fiscale, le législateur a pris des mesures conciliatrices destinées à contrer la manipulation des prix de transfert et stimuler en même temps les investissements étrangers au Mali se réalisant dans le cadre des contrats d'investissement. L'innovation fondamentale faite par la nouvelle législation, est l'introduction de la possibilité de conclure l'accord préalable sur les prix de transfert des entreprises transfrontalières en lien avec les contrats d'investissement que nous analyserons dans le cadre de cette étude.

Le transfert indirect de bénéfices imposables ne fait pas l'objet d'une définition légale. Toutefois, Il peut être défini par opposition au transfert direct de bénéfices, qui est le mode normal de distribution des revenus d'une société à une autre qui en est l'actionnaire. Il se réalise par le paiement d'un dividende à un associé. Il en va différemment du transfert indirect de bénéfices qui peut être opéré

---

<sup>8</sup> CF, exposé des motifs de la loi n° 2018- -072 du 21 décembre 2018 portant loi de finances pour l'exercice 2019.

<sup>9</sup> Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, version 2017.

soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen<sup>10</sup>.

Pour mettre en face sa législation avec le contexte actuel, le Mali prône à l'instar de la plupart des Etats, la conclusion d'un accord préalable sur les prix de transfert et affirme son adhésion au principe de pleine concurrence<sup>11</sup> pour éviter l'érosion de sa base taxable. L'accord préalable sur les prix de transfert, est un accord qui détermine, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble approprié de critères<sup>12</sup> se rapportant par exemple au méthode de calcul, aux éléments de comparaison, aux correctifs à y apporter et aux hypothèses de base concernant l'évolution future pour la détermination des prix de transfert appliqués à ces transactions au cours d'une certaine période. Certains auteurs<sup>13</sup> l'assimilent au rescrit fiscal<sup>14</sup>. Nous ne sommes pas d'avis

---

<sup>10</sup> E.-H.-D. BA, *Droit fiscal*, Paris, L'harmattan, 2015, 88 p.

<sup>11</sup> L'article 9 des modèles de convention fiscales des Nations unies et de l'OCDE incorpore le principe de pleine concurrence. Selon, le principe de pleine concurrence, les multinationales doivent appliquer les prix du marché à leurs transactions intra-groupe, c'est-à-dire un prix qui serait celui qu'elles acquitteraient, si leurs biens et services étaient échangés avec des tiers. Selon ce principe, les contrats pour des échanges de services intra-groupes devraient être passés à des conditions identiques à ce qu'ils seraient s'ils étaient conclus avec des prestataires de service externes.

<sup>12</sup> Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, OCDE, 1995, paragraphe 4.124.

<sup>13</sup> E.-H.-D. BA, *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation : la réglementation des prix de transfert au Sénégal*, Université Paris-Est, France, 7 juillet 2011, 379 p.

<sup>14</sup> Le rescrit fiscal est une procédure qui permet d'obtenir l'avis de l'administration fiscale et son interprétation sur une question de droit ou de faits. Opposable à l'administration fiscale, le rescrit permet au contribuable d'éviter de faire des erreurs en matière de fiscalité. Tout contribuable a la possibilité de demander à l'administration fiscale qu'elle formule son avis et donne son interprétation relative à un texte fiscal ou à une situation au regard du droit fiscal. Il peut s'agir d'une demande d'interprétation quant à une exonération d'impôt, un dégrèvement d'impôt, une réduction d'impôt ou encore le calcul de l'impôt. Cette demande d'interprétation concerne tout type d'impôts par exemple l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, l'impôt sur le revenu foncier, l'impôt

avec ceux-ci. Le rescrit fiscal se distingue de l'accord préalable sur les prix à trois points de vue. D'abord, du point de vue de son étendue, alors que le rescrit concerne aussi bien les personnes morales que physiques redevables d'impôts, l'accord préalable n'est contractualisable que par les personnes morales. Ensuite, le rescrit fiscal ne se rapporte qu'à l'interprétation de la législation fiscale par le fisc contrairement à l'accord préalable qui peut se rapporter aux situations factuelles que législatives. Enfin, si l'accord préalable ne peut être conclu que par les entreprises transfrontalières, il en est autrement pour le rescrit qui peut être exercé par des entreprises autres que les multinationales.

L'accord préalable sur les prix bien que facultatif, est une avancée dans la lutte contre l'évasion fiscale <sup>15</sup>et la fraude fiscale internationale<sup>16</sup>. L'accord préalable a le mérite de garantir la sécurité juridique aussi bien du contribuable que l'administration fiscale et de protéger la recette fiscale de l'Etat. Il est un moyen d'évitement du contentieux fiscal également. La méthode classique de contrôle des prix de transfert peut être une source d'insécurité juridique pour les contribuables et se matérialise par des investigations très souvent dispendieuses et longues aussi bien pour l'administration fiscale que pour les contribuables. De même, cette procédure de vérification n'intervient pas *a priori*<sup>17</sup>. Elle s'opère nécessairement *a posteriori*.

---

sur les bénéfices industriels et commerciaux, l'impôt sur les bénéfices agricoles, la patente, la TVA, la TAF. Disponible en ligne à l'adresse <https://www.capital.fr/votre-argent/rescrit-fiscal-1323576> consulté le 17 mars 2022 à 07h50mns.

<sup>15</sup> Elle est l'utilisation habile des possibilités offertes par la loi fiscale, qui consiste à transférer à l'étranger la « matière taxable » pour la soustraire à la fiscalité nationale. Le terme évitement existe en droit canadien seulement, où l'évasion fiscale est illégale. En droit français, sénégal ou malien l'évasion est légale.

<sup>16</sup> La fraude fiscale est une action délibérée et illégale d'un contribuable ayant pour but de se soustraire à ses obligations fiscales. Elle devient internationale lorsqu'elle échappe à la souveraineté fiscale d'un seul Etat.

<sup>17</sup> E.-H.-D. BA, *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit., 377 p.



Cela rend la production d'informations fiables difficile pour justifier les prix pratiqués au cours des opérations intra-groupes.

Ce thème que nous nous sommes proposés d'étudier, n'est pas dénué d'intérêts. Le premier eût suffi à lui seul. L'accord préalable sur les prix semble s'inscrire dans le processus de modernisation commencé le 1er janvier 2015, qui continua en 2016, 2017, 2018 pour se culminer en 2019 à travers les dispositions des annexes fiscales à la loi des Finances susmentionnées. Il vient renforcer un dispositif fiscal inadapté au contexte actuel et compléter les dispositions vieilles et parcellaires sur les prix de transfert dans les contrats d'investissement<sup>18</sup>. La consécration de l'accord préalable sur les prix témoigne clairement la volonté du législateur malien de protéger son assiette fiscale et de protéger les contribuables pouvant être l'objet de redressement pour les prix pratiqués en l'absence d'accord.

La seconde utilité de l'analyse de ce sujet réside dans la possibilité d'apprécier le degré de l'efficacité de la réglementation de l'accord préalable sur les prix de transfert en termes de lutte contre l'érosion de la base taxable malienne et la protection de l'assiette fiscale dans les contrats d'investissement. Outre, elle nous permettra de cerner les défaillances tant sur le plan processuel que substantiel.

Dès lors, en raison de la nécessité de conclure l'accord préalable sur les prix en vue d'endiguer le transfert indirect de bénéfices dans les contrats d'investissement, il convient d'analyser son importance. L'idée serait donc de faire une étude holistique de l'accord préalable sur les prix de transfert en rapport avec les contrats d'Etat.

En vue de proposer une réponse à cette interrogation, un diagnostic minutieux de l'accord préalable sur les prix de transfert doit nous conduire de le voir comme un moyen préventif du contentieux dans le cadre de l'exécution des contrats d'investissement (I) et de conclure par la suite qu'il assure la sécurité juridique du contribuable (II).

---

<sup>18</sup> Art. 81 de la loi n° 06067/AN AN-RM du 29 décembre 2006 portant Code général des impôts (CGI).

## **I. L'accord préalable sur les prix de transfert, un moyen préventif du contentieux fiscal dans les contrats d'investissement**

L'accord préalable sur les prix de transfert s'avère nécessaire en raison de son importance démontrée sur le plan international et justifie sa consécration dans la nouvelle législation fiscale malienne<sup>19</sup>. La conclusion de l'accord préalable sur les prix de transfert stabilise les relations juridico-fiscales entre les entreprises multinationales et l'Etat dans le cadre de la mise en œuvre des contrats d'investissement. La stabilité relationnelle qu'il implique découle du consensus exprimé entre l'administration fiscale et les entreprises multinationales.

La vocation préventive du contentieux fiscal de l'accord préalable sur les prix de transfert dans les contrats d'investissement se manifeste par la détermination des prix de transfert en amont d'une part (A) et d'autre part, par l'adhésion du contribuable aux prix déterminés (B).

### **A. La détermination des prix de transfert en amont dans les accords préalables**

En l'absence de l'accord préalable, les entreprises multinationales peuvent manipuler très souvent les prix de transfert des opérations intra-groupes par majoration ou diminution de prix de vente ou d'achat<sup>20</sup>. Cela entraîne une réduction de l'assiette fiscale. Dans ce cas, l'administration fiscale ne dispose que des méthodes classiques de vérification<sup>21</sup> qui ne s'avèrent pas certaines et efficaces pour démontrer la manipulation effectuée par le contribuable au cours de ses opérations intra-groupes.

---

<sup>19</sup> M. HERKENRATH, O. LONGCHAMP et A.L., « le principe de pleine concurrence », *Alliance Sud et Déclaration de Berne Design: Clerici Partner Design, Zurich*, Juillet 2012 // 2, p. 3.

<sup>20</sup> A. KALOGA, « La nouvelle législation régissant les prix de transfert au Mali », *Les journées du savoir, AC 001079 / 01 Juillet 2009 NIF 085113032A* « Réfléchir à changer », 2020, p. 10.

<sup>21</sup> Il s'agit du contrôle externe, le contrôle interne, l'élimination de la double imposition et l'assistance administrative.

Ce contrôle en aval entraîne très souvent des contentieux entre le fisc et les investisseurs. Ce qui engendre des détériorations de leur relation et effrite la confiance existante entre les parties susmentionnées. La conclusion de l'accord préalable est une occasion pour l'administration fiscale de s'imprégner des prix pratiqués au cours des opérations intra-groupes par les entreprises internationales<sup>22</sup>. Elle se matérialise par le contrôle *a priori*. Cela permet d'éviter les opérations de vérifications fiscales postérieures au transfert des bénéfices, sources de contentieux fiscal.

Il n'est pas moins important de rappeler que la demande de conclusion de l'accord faite par le contribuable est instruite. Au cours de cette instruction, le fisc ne se contente pas d'un contrôle formel. L'administration peut effectuer un contrôle sur place pour avoir des éléments objectifs permettant de savoir la réalité des méthodes de calcul retenues, proposées par le contribuable dans ses opérations intra-groupes industrielles, commerciales et financières. En outre, il est important de saisir que l'accord sur les prix de transfert permet de prévenir l'érosion de la base taxable en déterminant les prix effectivement praticables à l'avance et en vérifiant la sincérité de la proposition de méthode faite par le contribuable. En plus de cela, l'accord préalable emporte l'adhésion du contribuable aux prix déterminés en avance.

#### ***B. l'adhésion du contribuable aux prix déterminés dans les accords préalables***

Les contribuables disposent de la prérogative de conclure l'accord préalable sur les prix de transfert. C'est une faculté pour les contribuables qui en désirent. Toutefois, la possibilité de sceller un accord préalable sur les prix de transfert n'est pas reconnu à tous les contribuables et ne concerne pas toutes les opérations réalisées par les

---

<sup>22</sup> C. REMEUR, *Planification fiscale agressive*, Service de recherche pour les députés du Parlement européen, Briefing, mai 2015, p. 5.

contribuables concernés<sup>23</sup>. Ainsi, la possibilité de demander la conclusion d'un accord préalable est réservée uniquement aux entreprises multinationales. Celles-ci concluent des contrats d'investissement avant tout établissement ou début de leurs activités.

Pour la conclusion de l'accord préalable sur les prix de transfert, le contribuable éligible doit en faire la demande. L'administration accuse réception de la demande <sup>24</sup>. Elle a le choix d'instruire la demande ou de ne pas le faire. Son silence vaut acceptation de la demande du contribuable<sup>25</sup>. L'accord implique non seulement l'adhésion des contribuables concernés aux prix de transfert prévus, mais aussi permet l'adaptation de la règle fiscale, afin de tenir compte des situations individuelles de ceux-ci. L'accord préalable sur les prix de transfert est de nature à rendre réceptif le contribuable aux dispositions fiscales et de le contraindre à respecter les méthodes de détermination des prix de transfert prévues dans les clauses de celui-ci.

Le contribuable dont la demande de conclusion de l'accord a été acceptée par l'administration fiscale ne peut pas pratiquer un autre prix pour des opérations entrant dans le champ d'application de l'accord<sup>26</sup>. Ainsi, l'accord devient une garantie pour le fisc en matière de protection de l'assiette fiscale contre l'érosion de celle-ci par les entreprises multinationales. Par ailleurs, la conclusion de l'accord

---

<sup>23</sup> A. CATEL DUET, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? une approche sociologique » *Editions juridiques associées* / « Droit et société », 2007/3 n° 67 | p. 615 à 629. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2007-3-page-615.htm>.

<sup>24</sup> Article 57-E (nouveau) alinéa 2<sup>ème</sup> de la loi n° 06-068/AN du 29 décembre 2006 portant livre de procédures fiscales du Mali du livre de procédures fiscales du Mali

<sup>25</sup> Article 57-E (nouveau) alinéa 3<sup>ème</sup> de la loi n° 06-068/AN du 29 décembre 2006 portant livre de procédures fiscales du Mali du livre de procédures fiscales du Mali.

<sup>26</sup> S. OUEDRAOGO, *Les compétences nationales en matière fiscale et la communautarisation des règles dans l'espace ouest-africain*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 25 novembre 2015, p. 256.

préalable sur les prix de transfert dans les contrats d'investissement constitue une garantie de sécurité juridique et fiscale.

## **II. L'accord préalable sur les prix de transfert dans les contrats d'investissement, une garantie de sécurité juridique et fiscale**

L'accord préalable sur les prix de transfert dans la mise en œuvre des contrats d'investissement assure une sécurité juridique de valeur législative aux entreprises transfrontalières permettant ainsi d'éviter d'éventuel redressement fiscal des opérations couvertes par l'accord.<sup>27</sup> Cela, oblige l'administration fiscale à respecter les clauses de l'accord. En outre, l'accord préalable permet de lutter contre l'évasion fiscale internationale. La sécurité juridique résultant de l'accord préalable sur les prix de transfert se matérialise par l'opposabilité de l'accord préalable au fisc (A) d'une part, et constitue un moyen préventif contre l'érosion de la base taxable par le transfert indirect de bénéfices dans les contrats d'investissement (B) d'autre part.

### **A. L'opposabilité de l'accord préalable sur les prix de transfert au fisc**

L'accord préalable est une garantie de sécurité juridique parce qu'il assure la certitude et la prévisibilité du régime fiscal des transactions internationales intra-groupes des entreprises transfrontalières. Ainsi, il prévoit, pour des exercices fiscaux déterminés, les prix applicables dans les opérations concernées par les contribuables qui en bénéficient. A ce titre, l'accord protège non seulement le contribuable

---

<sup>27</sup> Direction générale des finances publiques(DGFIP), « BIC – Base d'imposition – Transfert indirect de bénéfices entre entreprises dépendantes – Définition et principes de détermination des prix de transfert », extrait du *Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, Identifiant juridique* : BOI-BIC-BASE-80-10-10-20140218, p. 1/12, Date de publication : 18/02/2014, Exporté le : 10/01/2019, disponible en ligne à l'adresse <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/5549-PGP.html?identifiant=BOI-BIC-BASE-80-10-10-20140218>.

du risque de redressement fiscal et celui de la double imposition.<sup>28</sup> Outre, comme nous l'avons mentionné plus haut, l'accord permet d'éviter le contentieux éventuel concernant ses objets.

La conclusion de l'accord préalable entre le fisc et le contribuable fait obstacle en cas de contrôle fiscal touchant les périodes couvertes par l'accord de remettre en cause les clauses de celui-ci. Ainsi, l'accord validé par l'administration fiscale lui est opposable au titre de l'exercice au cours duquel, l'accord a été donné et pour les quatre exercices suivants<sup>29</sup>. Les vérifications de l'administration fiscale ne pourront pas remettre en cause les termes de l'accord. Toutefois, l'accord préalable sur les prix ne sera pas rétroactif. Toutefois, la sécurité juridique qu'il produit ne joue que pour l'avenir<sup>30</sup>.

Néanmoins, le vérificateur peut vérifier non seulement la sincérité et la régularité des faits présentés par le contribuable pour l'instruction de l'accord mais aussi le respect des obligations mises à sa charge. En outre, lorsque des événements de nature à changer les paramètres de l'accord interviennent, l'accord pourra être l'objet de modification d'un commun accord de parties ou suspendu à partir de la date de leur survenance<sup>31</sup>.

Par ailleurs, la garantie découlant de la conclusion d'un accord préalable ne joue pas au bénéfice du contribuable dans les cas de présentation erronée des faits, de dissimulation d'informations dans sa demande. Il en va de même lorsque le contribuable ne respecte pas les obligations dans l'accord ou en cas de manœuvres frauduleuses<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), *Principes pour la conclusion d'accords préalables en matière de prix dans le cadre de la procédure amiable ("APP PA")*, octobre 1999, p. 5.

<sup>29</sup> Article 57-E (nouveau) alinéa 4<sup>ème</sup> de la loi n° 06-068/AN du 29 décembre 2006 portant livre de procédures fiscales du Mali du livre de procédures fiscales du Mali.

<sup>30</sup> F. BAUMERT, *La gestion des prix de transfert par les sociétés françaises*, Université Robert Schuman, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion DEA de droit des affaires, 2003-2004, p. 45.

<sup>31</sup> E.-H.-D. BA, *Procédures fiscales au Sénégal*, *op. cit.*, 110 p.

<sup>32</sup> P. MICHAUD, *Etudes fiscales internationales prix de transfert, les nouvelles règles d'encadrement et de documentation*, nouveautés 2010, à jour au 01.01.10, p. 02.

De cette façon, l'administration fiscale se réserve le droit de dénoncer l'accord lorsqu'il s'avère qu'il a été conclu sur la base d'informations erronées ou incomplètes fournies par le contribuable<sup>33</sup>.

En plus de la sécurité juridique du contribuable, l'accord préalable accorde à l'administration fiscale, la sécurité fiscale. Il permet d'éviter la fraude et l'évasion fiscales internationales qui entraînent la diminution de l'assiette fiscale des Etats par le transfert indirect des bénéfices imposables par les entreprises multinationales.

***B. L'accord préalable sur les prix de transfert, un dispositif de prévention contre l'érosion de la base taxable***

L'accord préalable sur les prix de transfert, mécanisme protecteur des Etats contre le transfert indirect des bénéfices par les entreprises multinationales dans le cadre l'exécution des contrats d'investissement<sup>34</sup>. Il permet de rendre opposable les prix déterminés en amont entre l'administration fiscale et les entreprises signataires<sup>35</sup>. L'accord préalable atténue de cette façon les effets néfastes de la liberté de transfert de fonds pour l'administration fiscale contre le transfert indirect des bénéfices par les entreprises multinationales. Ainsi, la conclusion de l'accord préalable est une occasion pour l'administration fiscale de s'imprégner des prix pratiqués au cours des opérations intra-groupes par les entreprises internationales. Ce qui permet de prévenir l'érosion de la base taxable en déterminant les prix effectivement praticables à l'avance et en vérifiant la sincérité de la proposition de méthode faite par le contribuable.

Le contribuable dont la demande de conclusion de l'accord a été acceptée par l'administration fiscale ne peut pas pratiquer un autre

---

<sup>33</sup> Article 57-E (nouveau) alinéa 5<sup>ème</sup> de la loi n° 06-068/AN du 29 décembre 2006 portant livre de procédures fiscales du Mali du livre de procédures fiscales du Mali

<sup>34</sup> J. PELLEFIGUE, *La réglementation des prix de transfert, Economie et droit fiscal*, Université Panthéon-Assas/ Paris II, mémoire de master 2 économie et droit, 2015/2016, p. 55.

<sup>35</sup> D. FEIST, *L'incidence des politiques de prix de transfert sur le développement des groupes. Gestion et management*, rapport, 2014, p159.

prix pour des opérations entrant dans le champ d'application de l'accord<sup>36</sup>. Ainsi, l'accord devient une garantie pour le fisc en matière de protection de l'assiette fiscale contre l'érosion de celle-ci par les entreprises multinationales. Il assure l'effectivité de la prévision des recettes fiscales dans les rapports entre les parties signataires.

\*

\* \*

Il ressort de cette étude que, les récentes réformes de la législation fiscale malienne en matière d'accord préalable sur les prix de transfert sont d'une importance capitale pour l'Etat et les entreprises transnationales. Les contrats d'investissement que celles-ci signent garantissent la liberté de transfert de fonds. Ce qui impliquent des transferts indirects de bénéfices par les entreprises indiquées plus haut, et ceux-ci, ont pour la diminution des recettes fiscales de l'Etat. Ainsi, l'accord devient un moyen pour juguler cette pratique.

Néanmoins, elles ne sont pas complètes et efficaces. L'observation de la législation qui a institué l'accord préalable, nous permet de conclure que le législateur n'a pas été courageux. Cela résulte du fait qu'il diffère l'application des dispositions concernant l'accord préalable<sup>37</sup>. Par ailleurs, cette analyse nous a permis de constater que l'accord préalable sur les prix de transfert a un champ d'application personnel et matériel limité et qu'il demeure néanmoins toujours utile pour les contribuables en raison de sa vocation de garantie de sécurité juridique mais aussi pour l'administration fiscale en considération de son rôle préventif du contentieux fiscal et de l'évasion fiscale.

---

<sup>36</sup> M. KONE et Kounady TRAORE, *Coalition malienne Publier Ce Que Vous Payez, étude sur l'environnement fiscal au Mali*, février 2013, p. 45.

<sup>37</sup> Exposé des motifs de la loi n° 2018-072 du 21 décembre 2018 portant loi de finances pour l'exercice 2019.



**REFERENCES :**

- BA (E.-H.-D.), *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation : la réglementation des prix de transfert au Sénégal*, Université Paris-Est, France, 7 juillet 2011, 500 p.
- BA (E.-H.-D.), *Droit fiscal*, Paris, L'harmattan, 2015, 200 p.
- BA (E.-H.-D.), *Procédures fiscales au Sénégal*, Paris, L'harmattan, 2016, 286 p.
- Accord relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements entre le gouvernement de la république du Mali et le gouvernement des Emirats Arabes Unis, le 6 mars 2018.
- Convention d'établissement entre le gouvernement de la république du mali et la société ressources ROBEX Mali SARL « ROBEX» signée le 27 décembre 2011.
- Convention d'établissement entre le gouvernement de la République du Mali et la société des Mines de Goukoto SA, Goukoto SA signée le 18 avril 2012.
- République du Sénégal, Convention minière pour or et autres substances minérales associées passée en application de la loi 2003-36 du 24 /11/ 2003 portant code minier entre le gouvernement de la république du Sénégal et périmètre de Kenieba entre le gouvernement de la République du Sénégal ci-après dénommé l'Etat et la société 3S international ci-après dénommée société signée le 6 février 2008.
- Loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements, modifiée par la loi n° 2012-32 du 31 décembre 2012.
- Loi n° 06067/AN AN-RM du 29 décembre 2006 portant Code général des impôts (CGI), JO n° 1462 du 31 décembre 2006 du Mali.
- Loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements au Mali et le décret n° 2012-475/P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements au Mali.

- Loi n° 2012-31 du 31 décembre 2012 portant Code général des impôts,
- Loi n° 2014-29 du 3 novembre 2014 relative à la loi de finances rectificative pour l'année 2014.
- Loi n° 2015-06 du 23 mars 2015 modifiant certaines dispositions du Code général des Impôts.
- Loi n° 2015-20 du 24 novembre 2015 portant loi de finances rectificative pour l'année 2015.
- Loi n° 2018-10 du 30 mars 2018 modifiant certaines dispositions du Code général des Impôts, JO n° 6706 du 31 décembre 2012 Sénégal.
- Loi n° 2018-072 du 21 décembre 2018 portant loi de finances pour l'exercice 2019, JO n° 2006 du 31 décembre 2019 du Mali.
- KALOGA (A.), *La nouvelle législation régissant les prix de transfert au Mali*, 2019, 15 p.
- Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, version 2017.
- SCHAUBLE (W.), ministre fédéral allemand des Finances, « Chronique », 11 novembre 2014, 17h36.
- Statuts du Fonds monétaire international (FMI) adoptés à la conférence monétaire et financière des Nations unies à Bretton Woods (New Hampshire) le 22 juillet 1944 et entrés en vigueur le 27 décembre 1945. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 23-5 du 31 mai 1968 ont pris effet le 28 juillet 1969. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 31-4 du 30 avril 1976 ont pris effet le 1<sup>er</sup> avril 1978. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 45-3 du 28 juin 1990 ont pris effet le 11 novembre 1992. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 52-4 du 23 septembre 1997 ont pris effet le 10 août 2009. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 63-3 du 5 mai 2008 ont pris effet le 18 février 2011. Les modifications approuvées par le Conseil des gouverneurs dans sa résolution n° 63-2 du 28 avril 2008 ont pris effet le 3 mars 2011.