

Forum multi-acteurs sur la gouvernance au Mali

Séance 2 :

Accès à la justice et droit des citoyens

Cahier d'analyse

I. Introduction : présentation de la séance

À partir des constats d'une justice éloignée des réalités sociales et des pratiques humaines, méconnue, décrédibilisée, dans laquelle les justiciables du Mali ne se reconnaissent pas et sujette à une profonde crise de confiance, il est apparu que le problème de l'accès à la justice et de la défense des droits des citoyens nécessitait de s'interroger sur la coexistence entre le Mali légal et le Mali réel. Le cas du règlement des conflits fonciers semblait pertinent pour témoigner de cette difficile coexistence et de ses répercussions en termes d'accès à la justice et de défense des droits des citoyens.

Face à ce lourd constat et cette situation de pluralisme juridique et judiciaire (de droits, de juges et de décisions), la question de l'accessibilité se posait alors en termes d'articulation :

- Comment, en situation de pluralisme normatif garantir au justiciable l'accessibilité de la justice, la légitimité des institutions qui la rendent et la sécurité juridique et judiciaire ?

- Comment articuler entre eux les différents mécanismes de résolution des conflits fonciers (étatiques et alternatifs) et les autorités (judiciaires et traditionnelles) qu'ils mobilisent pour garantir au justiciable l'accès à une justice qu'il reconnaît comme légitime en tant qu'institution et dans ses décisions, et qui défend ses droits ?

Autant de questions qui interrogent les valeurs, les mécanismes et les principes d'articulation dans la problématique de l'accès à la justice et la défense des droits des citoyens au Mali en matière foncière.

Pour tenter d'y répondre quatre (4) contributions ont été versées aux débats de cette séance.

La contribution du Dr TRAORE portait sur la singularité du système juridique et judiciaire malien en matière foncière avec l'existence des droits coutumiers, qui bien qu'appelés « traditionnels » sont éminemment modernes puisque mobilisés dans 99% des cas de litiges à travers le recours à la médiation sociale. C'est à travers une perspective historique que le Dr TRAORE a évoqué les principales caractéristiques de ces droits

fonciers, insistant sur le fait que les phénomènes fonciers sont le reflet des évolutions sociétales et, rappelant que les conflits fonciers dans ce pays naissent, grandissent mais ne meurent jamais.

La deuxième contribution présentait le cas du litige foncier entre les villages de Nanguila et Gueleba à l'occasion duquel les parajuristes sont intervenus. Il s'agissait de voir comment la médiation (privée) des parajuristes a accompagné la médiation sociale voulue par les habitants des deux villages opposés dans un conflit récurrent et alors même qu'une action devant les juridictions civiles avait été introduite par les ressortissants du village de Gueleba à Bamako.

Ce cas d'espèce illustre la préférence pour le recours à la médiation sociale et/ou privée dans le règlement d'un litige foncier nuisible à la paix sociale de deux villages, mais aussi la prévalence de l'accord conclu à l'issue de cette médiation sur la décision contraire d'un arrêt de la Cour suprême.

S'en est suivi la présentation des résultats en matière foncière de l'étude de l'Alliance malienne pour refonder la gouvernance en Afrique (ARGA/Mali) sur la cohabitation des légitimités au Mali. Cette étude a été réalisée à partir d'une collecte de paroles et d'expériences auprès de diverses autorités religieuses, administratives, professionnelles, élues, des organisations de la société civile et des partenaires techniques et financiers et ce, à travers toutes les régions administratives du Mali de juin 2008 à février 2009. Son objectif était d'analyser le statut, la place et le rôle des différentes légitimités à l'échelle locale et de comprendre parallèlement les mécanismes traditionnels de régulation des conflits.

Les conflits identifiés lors de la collecte portent principalement sur des revendications d'exploitation, d'occupation, de propriété des espaces litigieux, ou encore sont liés à la spéculation foncière ou à la non matérialisation des limites des terres.

La méconnaissance, la non application et parfois l'inexistence de la réglementation comptent parmi les principaux défis à relever en matière foncière. De même, la reconnaissance des institutions locales légitimes et les actions de renforcement des capacités des acteurs locaux s'avèrent nécessaires.

Enfin, l'étude démontre que le mode de règlement pacifique des conflits communément utilisé porte sur la recherche du consensus à travers le dialogue, la concertation, le recours à la médiation, la sensibilisation, la référence à l'histoire, aux valeurs ancestrales et coutumières ou encore aux règles religieuses.

L'analyse conclue sur le fait que la prise en compte des pouvoirs traditionnels dans la gestion des conflits permet l'acceptation des décisions rendues.

Enfin, la dernière contribution présentait une réflexion du Pr Cheibane COULIBALY sur le foncier et la décentralisation en Afrique de l'Ouest. Dans son intervention le Pr Coulibaly s'interroge sur l'articulation entre la décentralisation et la délivrance du service de la justice en matière foncière. La décentralisation telle qu'elle a été mise en oeuvre au Mali n'a pas été une panacée pour répondre aux questions relatives à la gestion des ressources foncières, notamment quant aux modes de sécurisation (quoi sécuriser ? qui sécuriser ? Comment et par qui ?), quant à l'échelle de gestion de ces ressources (système étatique ou gestion locale ?), quant au mode de règlement des litiges (droit étatique ou conciliation par les institutions locales ?), quant au rôle de l'Etat (interventionniste ou libéral ?) ou encore quant à la structure juridique à même d'encadrer cette gestion foncière (code rural ou charte foncière ?).

Cette décentralisation est un processus inachevé au Mali mais aussi dans d'autres pays frontaliers dans lesquels se posent avec la même acuité la question de la gestion des ressources foncières et celle de la gestion des conflits internes mais aussi transfrontaliers qui peuvent en résulter. L'enjeu réside selon le Pr Coulibaly dans la capacité de ces pays d'Afrique de l'Ouest à bâtir des compromis en définissant des formes plus consensuelles de gestion de ces ressources. A l'échelle des pays, le niveau intercommunal pourrait être un espace privilégié de cogestion issue des compromis entre les institutions de l'État et les institutions locales endogènes ; entre les formes de gestion publiques et les formes de gestion plus communautaires, mais aussi entre l'économie de marché et l'économie de subsistance. A l'échelle sous-régionale, le niveau transfrontalier pourrait jouer ce rôle d'espace privilégié de cogestion issue des compromis. Pourtant cela reste soumis notamment à une volonté politique forte, mais aussi à l'acceptation par les partenaires occidentaux de l'Afrique d'une vision pluraliste des chemins permettant aux différents pays de bâtir une démocratie porteuse du développement et respectueuse des droits des personnes et des peuples.

Ces contributions ont fait l'objet de débats à la suite de leur présentation en séance plénière avant que se tiennent les travaux de groupes dont le mandat était de se prononcer sur les trois questions suivantes :

- 1) Comment rendre la justice plus accessible aux citoyens et plus légitime ?
- 2) Comment concilier justice étatique et mécanismes traditionnels de résolution des conflits ?

- 3) Comment concilier les mécanismes de la médiation sociale avec le droit et la procédure pénale ?

II. Le contexte : une situation de pluralisme opposant le Mali légal et le Mali réel et source d'insécurité

II.1. Une justice étatique délaissée

« 99% des litiges en matière foncière sont réglés par voie de médiation sociale, le pourcentage restant étant soit porté devant la justice étatique, soit non résolu »¹. Bien qu'il soit limité au seul domaine foncier, ce constat livré par les recherches laisse perplexe sur la place réelle de la justice étatique au Mali. Que moins de 1% des conflits fonciers accède aux prétoires mérite une réflexion approfondie dans un État de Droit dans lequel la distribution de la justice est une des fonctions régaliennes, un des principaux instruments de pacification sociale et de protection des droits des citoyens par l'État. Le constat laisse d'autant plus perplexe que, d'une part, il pourrait certainement être étendu au-delà de la matière foncière² et que, d'autre part, il est apparu que même la plupart des conflits soumis à la justice étatique ne le sont qu'en dernier recours, une fois que tous les autres systèmes de médiation sociale ont échoué. Pour justifier une aussi faible judiciarisation des litiges, deux sortes de raisons sont avancées.

Les unes tiennent à la *Justice en tant qu'elle est l'institution chargée de dire le Droit et de trancher les conflits*. Sous ce rapport, les insuffisances de l'institution judiciaire ont fait l'objet d'un diagnostic dans le cadre du Forum national sur la justice tenu en 1999 (**Peut-on avoir les références du document?**) et du Programme Décennal de Développement de la Justice (PRODEJ)³ qui a été adopté pour y remédier. Le dénominateur commun que révèlent les éléments du diagnostic réside dans le constat général d'une *offre de justice inadaptée⁴, insuffisante⁵ et peu crédible⁶ pour répondre à la*

¹ Voir O. Traoré, « Une justice à deux vitesses et à trois conducteurs », Communication à la séance 2 du FMA.

² La collecte d'expériences menée par ARGAMali sur la cohabitation des légitimités à l'échelle locale nous le laisse penser clairement en matière de statut personnel et intuitivement en matière pénale.

³ Voir le site du PRODEJ, www.justicemali.org

⁴ Inadaptation de la langue; inadaptation aux capacités financières des justiciables; inadaptation des lenteurs des procédures à la demande de célérité des justiciables; inadaptation de la formation des personnels de justice.

demande des justiciables et qui, partant, obère de façon quasi-rédhibitoire l'accès et le recours aux institutions judiciaires.

Les autres justifications de la faible judiciarisation des litiges tiennent au **Droit** appliqué pour résoudre ces derniers. Le Forum national sur la justice et le PRODEJ font état d'une part d'une *législation souvent méconnue et parfois lacunaire voire désuète* et d'autre part, du *déphasage fréquent entre droit moderne et droit coutumier*. En matière foncière, on pourrait parler d'un véritable *capharnaïm normatif* marqué par un empilement de textes législatifs et réglementaires dont la cohérence est sujette à caution (textes relatifs à la décentralisation, à la domanialité, à l'urbanisme, aux activités agricoles, sylvo-pastorales...), textes auxquels s'ajoutent les règles coutumières dont l'État prévoit l'applicabilité. Il en résulte d'énormes difficultés : flou sur les rôles et responsabilités des acteurs (État, collectivités territoriales, chefs coutumiers et acteurs privés...), absence de transparence du marché foncier, disparité des outils de sécurisation foncière, problème de délimitation territoriale, pluralité de titres sur un même espace,

II.2. Une situation de pluralisme judiciaire et juridique dans un État moniste

La coexistence entre le système étatique et les procédés alternatifs de règlement des litiges est un fait établi que l'observation empirique rend indiscutable. Elle révèle certes les difficultés d'accessibilité de l'appareil judiciaire étatique, mais également un *grand décalage entre le Mali légal et le Mali réel*, entre les pratiques humaines et réalités sociales d'un côté et, de l'autre, les proclamations légales du Droit interne et du Droit international. La situation laisse observer un véritable pluralisme tant au plan judiciaire que juridique, situation de pluralisme dans laquelle la place et le rôle du système étatique sont de plus en plus querellés par les systèmes normatifs extra-étatiques. Cependant la principale caractéristique de ce pluralisme est qu'il se déploie dans un système moniste dans lequel il est simplement toléré et envisagé comme un « *pluralisme de subordination* » dont les contours sont déterminés par le droit étatique.

En effet, le *Mali légal* a fait depuis les indépendances une option claire pour un système juridique unifié et moniste. Comme dans la plupart des États postcoloniaux francophones, le Droit a été instrumentalisé pour garantir l'unité nationale et l'autorité de l'État. D'une part, en tant que Nation, les citoyens maliens doivent être soumis au même Droit et à la même Justice, ce qui induit que la place des coutumes et des procédés judiciaires extra-étatiques soit réduite pour minimiser les risques d'inégalité et répondre aux défis du développement et de la modernité. D'autre part, l'État, en tant que garant de

⁵ Insuffisance et mauvaise répartition des infrastructures d'accueil, d'orientation et de jugement; insuffisance des équipements; insuffisance des ressources humaines, matérielles et financières.

⁶ Mauvaise perception de la justice; soupçons de corruption et de partialité; mauvaise qualité des décisions.

l'intérêt général et dépositaire du pouvoir, est la seule autorité habilitée à produire des normes juridiques et à sanctionner les violations dont elles font l'objet. L'admission de toute juridicité extra-étatique n'est tolérée que dans la mesure où elle répond aux exigences de l'unité nationale, et mieux, si des règles coutumières doivent subsister, ce n'est qu'au prix de leur reconnaissance ou de leur transformation en règles du Droit étatique. Le monisme étatique consiste alors à nier toute juridicité aux régulations sociales qui ne sont pas formellement mises en norme par l'appareil étatique. Il procède d'une volonté affirmée de supplanter ou de supprimer les autres ordres juridiques. L'État s'autorise ainsi le pouvoir de réglementer la manière dont les droits coutumiers sont intégrés au droit positif⁷.

C'est à cette prétention «totalitaire» de l'État qui absorbe la totalité de la production juridique et de la délivrance de la justice que s'oppose le *Mali réel*. Celui dans lequel 99% des conflits fonciers sont soumis à des mécanismes de résolution échappant au contrôle de l'État et à l'application pure et simple de son Droit. De tels chiffres révèlent la capacité de résistance des normativités extra-étatiques et ne les voir que comme la résultante des faiblesses de l'appareil judiciaire et de la législation étatique peut être réducteur.

En effet, il semble nécessaire d'aller plus loin dans la recherche des causes de la désaffection des citoyens envers la justice étatique et le droit qu'elle met en œuvre. Le système juridique étatique reste « *une coquille vide et un artifice* » parce qu'il ne tient pas suffisamment compte « *de l'identité, des pratiques et des références* » de la société qui conditionnent la légitimité de la justice et du droit. L'architecture des bâtiments, la complexité du langage, la tenue vestimentaire des juges, le caractère répressif de ses décisions sont autant de facteurs qui grèvent la légitimité de la justice étatique presque autant que la complexité, la lenteur ou la cherté de ses procédures, l'inexécution de ses décisions ou l'insuffisance de ses moyens infrastructurels, matériels, financiers et humains.

Au fond, le système judiciaire étatique est confronté à de sérieuses difficultés de compréhension, de reconnaissance, d'autorité et de légitimité car les institutions judiciaires n'ont de sens que par rapport à l'univers cognitif dont elles relèvent, porteur de leur vision du monde et de leur conception du juste et de l'injuste. Son institutionnalisation n'est pas seulement tributaire de considérations techniques, matérielles ou financières. Elle se heurte à la dimension axiologique de la Justice et du Droit et donc aux valeurs qui les sous-tendent et qui expriment les aspirations et attentes

⁷ Voir par exemple le Code domanial et foncier de 2000 modifié en 2002 qui donne la définition du droit coutumier (« *le droit d'usage individuel ou collectif sur les terres non immatriculées* ») ou la Loi d'Orientation Agricole du 5 septembre 2006 qui précise que « *les droits coutumiers sont reconnus dans les conditions fixées par les textes en vigueur* ».

symboliques des justiciables. Or il existe un réel risque d'ineffectivité de l'État, de conflits sociaux, de crises politiques récurrentes de nature à le fragiliser et à appauvrir les populations dès lors que les institutions politico-juridiques prétendent imposer une culture juridique hégémonique ou une figure de la juridicité qui fait l'impasse sur les représentations, les réalités et les attentes des populations qui sont les acteurs légitimes du vivre-ensemble.

À l'inverse, le succès de la médiation sociale trouve sa justification dans sa capacité à répondre aux attentes matérielles et symboliques de ceux qui y recourent : gratuité, simplicité et rapidité de la procédure; neutralité, crédibilité et intégrité des médiateurs; caractère sacré et religieux des lieux de délibération; fonction conciliatrice et non répressive de la justice, fonction qui laisse place à une grande marge de négociation et de souplesse sur la norme appliquée dont la mise en œuvre est davantage déterminée par la recherche d'une solution juste et consensuelle qui aménage l'avenir et sauvegarde le tissu social que par la victoire imposée d'une partie sur une autre.

II.3. Un pluralisme judiciaire et juridique source d'insécurité

Le décalage entre le Mali légal et le Mali réel, laissant constater la réalité d'un pluralisme, est source d'insécurité juridique et judiciaire. Cette insécurité résulte d'abord de l'existence d'un pluralisme juridique et judiciaire qui place les normativités juridiques dans une sorte de foire où les justiciables choisissent le système qui leur convient au gré de leurs intérêts particuliers sans que les exigences de l'intérêt général liés à des enjeux comme celui du développement et de la sécurité ne soient suffisamment pris en compte. Les possibilités de naviguer d'un système à l'autre contribuent à l'imprévisibilité juridique et à la pérennisation de certains conflits. De plus, la supériorité affirmée de la loi étatique conduit à la précarité et à l'incertitude des droits coutumiers dans la mesure où « *ils sont susceptibles d'être remis en cause et annulés par recours à la loi de l'État (ou à des autorités étatiques)* »).

L'insécurité résulte ensuite de l'absence d'articulation entre les systèmes normatifs qui coexistent et de l'usage conflictuel qui est fait du pluralisme. Les conflits fonciers révèlent à cet égard les inconvénients d'un *pluralisme clos* où chaque ordre normatif fonctionne de façon étanche et en concurrence avec l'autre sur le registre d'un rapport conflictuel, en réalité comme un système moniste, dans une sorte « *d'irrelevance* » des ordres juridiques. La confrontation binaire entre « *tradition* » et « *modernité* », entre justice étatique et justice coutumière, est source de tensions et ne répond ni aux défis liés à la pression démographique, à l'urbanisation croissante, à la spéculation foncière ou encore à la raréfaction des ressources, ni aux enjeux fondamentaux de la sécurité alimentaire et du développement. Elle aboutit plutôt à fragiliser les droits sur la terre et à multiplier les recours parallèles dans les deux ordres.

Plutôt que de révéler les avantages de chaque système juridique et de les mobiliser au service d'un nouvel ordre harmonieux, le pluralisme clos insiste sur les inconvénients de chaque système. L'invocation des ordres extra-étatiques repose sur le rejet dogmatique de l'ordre étatique auquel est reproché son déficit de légitimité et de crédibilité ainsi que sa méconnaissance et son imperméabilité aux coutumes et aux autorités qui les portent alors que les systèmes coutumiers sont tout aussi dogmatiquement rejetés en raison de leur caractère anachronique, discriminatoire, imprévisible et peu transparent et de leur méconnaissance des textes légaux. La démarche aboutit inmanquablement à opposer en matière foncière, oralité et droit positif écrit, caractère sacré de la terre fondé sur des mythes et légendes et caractère rationnel de sa réglementation par l'État, conception collective de la terre duquel résultent de simples droits d'usage et droit de propriété individuelle⁸.

⁸ Au-delà des conflits fonciers, la rigidité de ce pluralisme clos, cachant en réalité une prétention purement moniste, est observable dans bien d'autres domaines. Elle expliquerait en grande partie la difficulté à réformer le droit malien de la famille; le débat actuel sur le projet de réforme du Code de la famille semble ainsi se résumer inexorablement en une opposition irréductible et souvent caricaturale entre les « *défenseurs de la modernité* » et les « *gardiens de la tradition* ».

III. Le cadre d'analyse : réordonner le pluralisme sous le prisme de la gouvernance pour renforcer la légitimité, l'effectivité et l'efficacité des Justices et des Droits

III.1. Promouvoir la complémentarité et non l'opposition des juridicités

La question de l'accès à la justice et de la défense des droits des citoyens nécessite une approche plus fine et plus intégrée qu'impose la situation de pluralisme juridique observée. En effet, la recherche d'un nouvel ordre et de nouveaux rapports entre les juridicités en présence nécessite un renouvellement non seulement du cadre théorique et conceptuel, mais aussi des outils à partir desquels on analyse les productions normatives et les phénomènes d'inter-normativité auxquels aboutit la pluralité des lieux de production et d'application des normes juridiques. Appliquée à la justice, la compréhension de ces phénomènes répond à un enjeu central, à la fois théorique et opérationnel, qui est de savoir : *comment en situation de pluralisme juridique et judiciaire garantir effectivement au justiciable l'accessibilité de la justice, la légitimité des institutions qui la rendent et la sécurité judiciaire et juridique?*

Toutefois, avant de déterminer les conditions auxquelles la garantie d'une justice effectivement accessible, légitime et respectueuse de la sécurité peut être promue dans une situation de pluralisme, encore faudrait-il au préalable s'accorder sur les usages pratiques de ce pluralisme, au-delà de ses usages discursifs et de ce que dit, dans un système moniste, la Loi formelle de l'État. Sous ce rapport, l'usage du pluralisme sous le seul prisme du conflit entre des sources de normes résultant de cultures juridiques différentes ne met pas en valeur les expériences dans lesquelles les pratiques concrètes des acteurs, *par hybridation*, créent des ponts entre les ordres juridiques ou procèdent à des « *mixages normatifs* » dont les résultats positifs contribuent à résoudre les conflits individuels ou collectifs et à pacifier les rapports sociaux⁹. Rien dans l'usage conflictuel du pluralisme ne rend compte, d'un côté, de la faculté extraordinaire des ordres normatifs extra-étatiques à s'ajuster et à évoluer au contact des exigences de l'ordre étatique et de l'ordre international dans lequel il s'insère¹⁰. De l'autre, il ne rend pas suffisamment compte de la capacité d'adaptation et d'ouverture des acteurs étatiques qui, devant les risques d'inefficacité et d'ineffectivité du système judiciaire et juridique dont ils relèvent, trouvent au quotidien des « *arrangements* » susceptibles de répondre aux attentes

⁹ Voir par exemple le cas produit par la Clinique juridique DEME SO sur le conflit foncier entre les villages de Nanguila et Gueleba.

¹⁰ Voir par exemple l'expérience produite par ARGAMali dans laquelle l'application d'une coutume sonrhaï excluant potentiellement les filles d'une succession a été écartée par les autorités coutumières en charge de régler la succession d'un homme qui n'avait laissé que des filles.

matérielles, psychologiques et culturelles des populations¹¹. La rencontre des phénomènes normatifs produit ainsi des phénomènes d'acculturation faite de concessions et d'adaptations réciproques, phénomènes dans lesquels les identités juridiques se transforment chacune en « *allant vers la culture de l'autre* ».

Ces pratiques d'*hybridation* ou de « *mixages normatifs* » renseignent sur le caractère fallacieux de toute démarche opposant tradition et modernité. Les rapports entre les juridicités en présence ne répondent absolument pas à la dichotomie souvent alléguée entre des coutumes prétendument idéales et un système étatique diabolique ni, inversement, entre des coutumes rétrogrades, obstacles à l'unité nationale, au développement et à la modernité et un système étatique centralisateur, civilisateur et uniformisateur. Bien au contraire, les coutumes ne sont pas figées; elles se révèlent être des phénomènes vivants qui naissent sous le coup d'un rapport de force, d'un besoin social qui évolue. En même temps, le système juridique étatique ne se résume pas en des normes figées; il évolue par voie d'application ou d'interprétation adaptative selon des époques ou contextes particuliers.

Par conséquent, l'analyse du pluralisme sous l'angle de la coopération, de la coordination des juridicités, s'attache davantage à valoriser les interactions pratiques entre les normes, les acteurs qui les mobilisent en fonction de leurs besoins, les valeurs qu'elles charrient, les traditions qu'elles portent. Elle cherche à identifier les acculturations réciproques susceptibles d'améliorer la qualité de leur cohabitation et de les enrichir mutuellement. Un tel changement de perspective permet de préciser davantage la manière dont l'enjeu fondamental peut être reformulé. Les systèmes juridiques et judiciaires seraient confrontés aux mêmes exigences, même si on pourrait concevoir qu'ils apportent à celles-ci des réponses *variables mais complémentaires*. Il s'agit alors de savoir *comment créer un cadre pluraliste harmonieux dans lequel* :

- 1) *Les citoyens ont la garantie d'un accès effectif, juste et équitable à la justice, quel que soit le système judiciaire auquel ils ont recours;*
- 2) *Les institutions et autorités judiciaires, étatiques et extra-étatiques, remplissent les conditions qui garantissent leur légitimité et leur soumission effective au Droit;*
- 3) *Les citoyens ont la garantie de bénéficier d'une sécurité juridique et judiciaire, d'un Droit qui protège leurs droits, quel que soit le système juridique applicable.*

¹¹ Voir l'étude d'ARGA-Mali qui reproduit plusieurs expériences dans lesquelles des autorités administratives ou judiciaires s'associent à des autorités traditionnelles ou religieuses pour résoudre des conflits que l'application pure et simple des normes étatiques aurait pérennisés ou aggravés.

Si Droit étatique et Droits coutumiers, justice étatique et justices coutumières, sont ainsi mis sur un même plan et confrontés sur le registre de la coopération, la manière d'aborder des questions aussi complexes change radicalement car elle nécessite une autre méthodologie de traitement des situations de pluralisme. En raisonnant sur la matière foncière (tout en sachant que les questions posées sont corrélées à des enjeux plus globaux), on commencerait par définir les nécessités auxquelles doit répondre la régulation foncière; ensuite on chercherait à savoir dans quelle mesure chaque système juridique et judiciaire répond ou ne répond pas aux principaux enjeux de la régulation foncière; enfin seulement, on convoquerait le pluralisme pour déterminer dans quelle mesure chaque système normatif peut être mis en capacité de satisfaire ces enjeux dans sa propre sphère d'autonomie ou par hybridation avec les autres systèmes normatifs.

Les enjeux globaux de la régulation foncière sont assez connus pour que l'on y revienne. L'on sait qu'il s'agit d'enjeux liés au développement économique et territorial, à la sécurité humaine, agricole et alimentaire, à la protection durable de l'environnement, à l'accès équitable aux ressources, à la paix sociale, etc... Corrélés à la question du pluralisme juridique et judiciaire, l'analyse de ses enjeux peut être menée à travers les problématiques suivantes, communes à toutes les juridicités en présence :

- 1) *Les juridicités, aussi bien étatique que coutumières, garantissent-elles un accès effectif, juste et équitable à la justice et comment peut-on mettre en valeur la complémentarité de la pluralité de juges pour renforcer cette accessibilité? Est-il possible par exemple de recourir aux « justices » coutumières pour combler l'insuffisance d'offre de la justice étatique en améliorant les conditions de délivrance des « justices » coutumières et en créant ainsi les conditions d'une équivalence qualitative entre les systèmes judiciaires?*
- 2) *Comment renforcer la légitimité de chaque institution ou autorité chargée de délivrer la justice en gommant les aspérités qui grèvent cette légitimité? Comment assurer la soumission de chaque ordre judiciaire au Droit en veillant à ce qu'il soit étalonné en fonction d'une normativité juridique respectant des standards communs définis au plan national et compatibles avec les textes internationaux?*
- 3) *Comment garantir aux citoyens une équivalence de sécurité juridique et judiciaire dans tous les ordres juridiques et judiciaires? Comment s'assurer que les décisions rendues par chaque ordre judiciaire soient fondées sur des normes prévisibles, ne soient pas remises en cause et fixent définitivement les*

droits sur la terre? Quelles articulations entre les juridicités pour éviter les jeux de vases communicants qui fragilisent les droits des justiciables?

Ainsi posées, les questions soulevées comportent en elles-mêmes une charge subversive qui implique de profondes transformations politiques, intellectuelles et culturelles qui s'érigent en obstacles difficiles à franchir. Deux défis principaux doivent à cet égard être relevés.

En premier lieu, répondre à un tel enjeu n'est pas chose aisée dans un État qui s'est construit sur le modèle moniste. D'abord parce que construire un ordre juridique articulant des juridicités plurielles suppose de sortir d'un pluralisme de façade, où l'ordre juridique étatique subordonne les ordres qui lui sont extérieurs, pour au contraire promouvoir ce qu'on a appelé un « *pluralisme de coordination* », une « *interaction constructive* », un « *inter-culturalisme* », un « *pluralisme ordonné* » ou encore un « *pluralisme de coopération* ». Cela conduirait alors à passer d'un ordre pyramidal à un ordre négocié où les juridicités seraient non pas hiérarchisées dans un rapport vertical, mais plutôt placées dans de nouveaux rapports horizontaux ordonnés par une logique de dialogue. Ensuite, l'État malien s'est érigé sur le modèle du constitutionnalisme stato-national dans lequel l'État de Droit s'étalonne exclusivement autour du Droit de l'État. Or reconnaître le pluralisme des juridicités implique le passage de l'État de Droit à l'État de *Droits* en renonçant à l'hégémonie étatique et en admettant qu'il y a une diversité des manières de penser et de vivre le Droit, une diversité des cultures juridiques à côté de la culture juridique étatique.

En second lieu, répondre à un tel enjeu n'est pas non plus chose aisée dans un ordre international qui s'est construit en contemplation du modèle des États-Nations hérité d'une histoire particulière à l'Occident. Cet ordre international est chargé d'un système de valeurs dont l'implantation n'est généralement analysée qu'à partir d'une opposition rigide et stérile entre universalisme et relativisme. Dès lors, la question posée de la compatibilité entre, d'un côté, les transformations internes aux États et résultant des situations de pluralisme qu'ils traversent avec, de l'autre, l'ordonnement normatif international, a du mal à trouver réponse dans la mesure où celle-ci n'est pas fondée sur la recherche d'une articulation possible entre des valeurs communes, des principes de coordination et des modalités différenciées et adaptables de mise en œuvre selon les contextes nationaux et locaux. L'absence d'articulation entre valeurs, principes et modalités de protection des droits fondamentaux place les États dans un étau, entre le marteau de la réprobation internationale et l'enclume des résistances locales des cultures juridiques infra-étatiques. On le voit très bien dans le contexte malien lorsqu'il s'agit de la protection de l'égalité des sexes en matière familiale ou d'accès au droit de propriété. Dans ce domaine aussi, il semble que l'acceptation au niveau mondial de la réalité d'une

diversité des traditions et cultures juridiques et la mise en dialogue de celles-ci ouvriraient des perspectives prometteuses pour dépasser la dichotomie classique entre relativisme et universalisme.

III.2. Changer de paradigme : construire l'unité dans la diversité et non la diversité dans l'unité

L'admission du pluralisme dans un État-Nation moniste pose le défi des rapports entre la diversité et l'unité. Au lendemain des indépendances, la construction nationale a fondamentalement été promue sous le paradigme de la diversité dans l'unité, paradigme postulant que la diversité peut être admise, mais à condition qu'elle soit compatible avec l'unité de la Nation malienne. Cela a justifié l'unification du système juridique et judiciaire renvoyant à la périphérie toutes les juridictions extra-étatiques dont l'existence et la validité sont subordonnées à leur admission par l'État, garant de l'unité nationale et de l'intérêt général. L'érection d'un système moniste répondait donc à un contexte particulier à un État qui venait d'accéder à la souveraineté et à un objectif politique.

La promotion d'un pluralisme qui crée des rapports de type horizontal entre droit étatique et droit coutumier, entre justice étatique et justice extra-étatique, contribue à renverser le paradigme : *il ne s'agit plus de construire la diversité dans l'unité, mais plutôt de construire l'unité dans la diversité*. Ce changement de perspective n'est pas qu'un jeu de mots; il correspond davantage au nouveau contexte politique et social. Ainsi, le fait que le processus de décentralisation ait été déclenché sous l'impulsion du conflit Touareg est le signe révélateur de ce changement de perspective au plan politique, car l'État reconnaît clairement que c'est de la promotion de la diversité que dépend le processus de construction nationale.

Construire l'unité dans la diversité implique donc que la promotion de la diversité devient la matrice de l'intervention de l'État puisque c'est la diversité qui définit les contours de l'unité nationale et non l'inverse. Ce changement paradigmatique qui en est encore à ses balbutiements peut être étendu du champ politique à celui du droit et de la justice. La soumission de 99% des conflits fonciers à des mécanismes extra-étatiques montre bien que le contexte social est propice à une telle inversion de perspective, si les conditions sont créées pour renforcer la capacité des systèmes coutumiers à répondre aux enjeux de la modernité, du développement et de la sécurité juridique et judiciaire.

De la sorte, l'ordre juridique national ne se résumerait plus à l'ordre juridique étatique. Il serait un ordre pluri-juridique dans lequel se retrouveraient l'ordre étatique mais aussi tous les ordres juridiques non régulés de l'interne par l'État. Sur le terrain de la régulation juridique, se verrait fondamentalement brisée l'association communément faite entre Nation et État. Ainsi, l'État renégocierait son rôle dans le champ social et

juridique. Il promouvrait un nouvel ordre dans lequel il s'envisagerait « *comme une force dans un champ complexe de forces, un acteur principal, régulateur, réconciliateur et réorganisateur de la société sur des bases pluralistes* ».

III.3. Analyser les situations de pluralisme juridique et judiciaire sous le prisme de la gouvernance

Pour relever ce défi de la construction de l'unité dans la diversité, la notion de gouvernance est un outil descriptif et analytique des systèmes juridiques placés dans une situation de pluralisme en ce sens qu'elle permet de saisir la pluralité, les complexités et les mouvements de ces systèmes et leurs interactions respectives. En effet, et d'une part, l'admission de la pluralité de juridicités consiste à reconnaître qu'il existe une diversité de foyers d'activité juridique et que la production juridique n'est pas exclusivement le fait de l'État. Or la notion de gouvernance rend compte de la polycentricité des régulations d'une action publique dans laquelle l'élaboration des modes de gouvernement échappe à l'hégémonie de l'État qui n'est plus considéré comme le seul protagoniste de l'action publique. Si donc le droit et la justice, subséquemment la politique juridique et la politique judiciaire, sont des éléments de l'action publique et que l'État n'en est pas le producteur exclusif, on voit immédiatement le lien entre gouvernance et pluralisme juridique, puisque la polycentricité de la production du droit relèverait quasiment de l'évidence, induite qu'elle est par la polycentricité même des régulations de l'action publique. En ce sens donc la gouvernance converge avec le pluralisme juridique dès lors qu'elle fait échapper l'action publique aux « *vieux modèles du pouvoir et de l'État* ».

D'autre part, la gouvernance est un outil d'appréhension de la crise de légitimité de l'action publique et des organisations publiques au sens où celles-ci ne conviendraient plus parfaitement ni aux transformations qui traversent les sociétés, du niveau local au niveau mondial, ni aux attentes des populations. La notion de gouvernance permet ainsi de revisiter les systèmes juridiques au-delà de la référence et de la comparaison au modèle de l'État moderne occidental. C'est dire alors que de la même manière que la gouvernance permet de rechercher les conditions d'une légitimité de l'action publique, elle permettrait d'interroger la légitimité des systèmes juridiques et judiciaires compris et analysés par le croisement de leur dimension légale-rationnelle, de leur dimension axiologique, c'est-à-dire de l'ordre de valeurs qu'ils sont censé traduire, et de leur dimension pratique et historique. Le prisme de la gouvernance aide à identifier les valeurs sous-jacentes, le « référentiel commun » dans une société donnée, et que l'on retrouve dans la manière d'élaborer et de dire le droit. Cela conduit à considérer les systèmes juridiques à partir des sociétés qu'ils incarnent, et à se pencher de plus près sur les contextes, les mythes fondateurs et rassembleurs, et les évolutions propres à chacune de celles-ci.

Enfin, par sa capacité à saisir des évolutions de type processuel, la gouvernance présente l'avantage d'être adaptée à des situations d'inter-normativité dynamique dans lesquelles les systèmes juridiques ne sont pas figés et se transforment continuellement du fait des évolutions des pratiques des acteurs, des besoins sociaux et des valeurs sociales. Elle offre alors une grille d'interprétation des relations qui se nouent entre les juridicités, et se transforme éventuellement en outil normatif capable, non pas tant de prescrire des réformes à mettre en œuvre, en tout cas du moins de définir un cadre d'opérationnalisation du dialogue entre les juridicités en guidant la découverte des principes et mécanismes aptes à garantir la légitimité, l'effectivité et l'efficacité optimale de chacune d'entre elles.

III.4. Définir les mécanismes et les principes de la coordination des juridicités¹²

Dans la situation actuelle, la validité et la légitimité des ordres juridiques extra-étatiques sont déterminées par l'ordre étatique : il « *édicte* » et « *écrit* » les droits coutumiers à travers les lois et règlements; il « *dit* » les droits coutumiers à travers leur application et leur interprétation par ses juges et ses fonctionnaires; il « *refoule* » les droits coutumiers en les évinçant au nom de sa supériorité. L'État définit unilatéralement ses rapports avec les autres Droits en fonction du *principe de hiérarchie*.

Les transformations de l'ordre juridique national non exclusivement ordonné autour de l'ordre juridique étatique et caractérisé par la « *pluri-juridicité* » imposent de déterminer les nouveaux principes et mécanismes à partir desquels s'opère la coordination des normativités juridiques en présence. Le choix des principes dépend du mécanisme de coordination mobilisé, mécanisme qui peut consister soit dans la « *distanciation* » soit dans le rapprochement des normativités.

Le mécanisme de la « *distanciation* » consisterait à laisser les juridicités en présence interagir de façon spontanée. Chaque ordre juridique aurait alors un champ de normativité autonome et tirerait sa validité et sa légitimité des usages pratiques que les acteurs en feraient. Les champs d'inter-normativité ne seraient pas prédéterminés. La coordination des ordres juridiques serait ainsi accomplie à travers les *principes d'autonomie et d'égalité* entre les ordres juridiques.

Le mécanisme du *rapprochement* consisterait en revanche à organiser plus ou moins formellement la coopération entre les juridicités. Il peut se déployer selon une intensité variable allant du *rapprochement ponctuel au rapprochement durable*. Le

¹² Nous reprenons à notre compte la présentation faite par Otis et al., « *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone. Présentation générale d'une problématique* », Coll. Savoirs francophones, A.U.F., 2010, spéc. pp. 23-26.

rapprochement ponctuel prendrait acte, au cas par cas, de la disponibilité de deux ou plusieurs ordres juridiques, et la résolution de chaque cas serait soumise à l'application possible de chacun des ordres juridiques en présence. Il y aurait alors un « *processus permanent de comparaison* » concrète et matérielle entre des juridicités concomitamment valides. *Le principe d'équivalence* entre les normes potentiellement applicables permettrait de résoudre les conflits éventuels entre ces normes. En fonction des enjeux liés à chaque cas, le choix d'une norme serait valide dès lors que celle-ci serait en mesure de répondre à ces enjeux.

En revanche, le *rapprochement durable* est un mécanisme bien connu des juristes positivistes parce qu'il utilise le même procédé que l'intégration juridique. L'intégration peut advenir selon des degrés variables allant de *l'harmonisation* à *l'uniformisation* ou à *l'unification*. *L'harmonisation* des ordres juridiques consiste à les rapprocher, sans les unifier, à partir de principes communs, tout en laissant une marge d'autonomie aux juridicités harmonisées. Un tel procédé combinerait dans un dosage équilibré plusieurs principes : *autonomie* et *équivalence* des ordres juridiques, mais aussi *hiérarchie* et *compatibilité* vis-à-vis des « *méta-normes* » communes constituées par les principes-directeurs que tous les Droits en présence doivent respecter.

L'unification est une technique qui peut, soit mettre fin aux situations de pluralisme en produisant un ordre juridique unique, ce qui nous semble illusoire et contraire à la réalité, soit s'opérer par *hybridation*, par la combinaison de différents systèmes en « *incorporant des éléments de la diversité juridique* ». *L'hybridation* peut elle-même s'opérer dans le *mixage* (par exemple en matière foncière en admettant l'application du droit matériel coutumier et la soumission des litiges à la procédure judiciaire étatique) ou dans la *synthèse*, c'est-à-dire la fusion des cultures juridiques pour faire naître « *une réalité juridique composite foncièrement nouvelle* ».

La disponibilité de tous ces mécanismes de coordination de normativités juridiques plurielles requiert, au regard de la situation actuelle de domination de l'État, que ce dernier soit le levier d'impulsion d'une nouvelle figuration normative nationale dans ses rapports avec les entités infra-étatiques. Il lui appartient non seulement de mobiliser la volonté nécessaire pour se décentrer, mais aussi de créer ensuite les conditions d'un dialogue juridique fondé sur des rapports d'égalité. Le choix du mécanisme et des principes de ce dialogue lui revient donc principalement. Il existe à cet égard, au Mali, des expériences, singulières certes, mais dont l'approfondissement pourrait permettre de tracer des axes de propositions capables de constituer des leviers de transformation significative, particulièrement en matière foncière.

IV. Propositions et pistes de réflexion fondées sur les expériences

Pour répondre à l'enjeu central de l'accès effectif à la justice, de la légitimité des institutions qui la rendent et de la sécurité juridique et judiciaire en matière foncière, nous prenons le parti d'insister davantage sur les pratiques des acteurs et sur les tentatives, particulièrement de l'État, de tirer avantage de la situation de pluralisme en minimisant ses effets pervers. Cette démarche est justifiée par l'observation simple de l'insuffisance des proclamations légales et de leur contradiction permanente avec la réalité. Aussi, n'insisterons-nous pas sur les propositions qui concernent exclusivement l'amélioration de l'accessibilité physique, financière, sociale, morale et intellectuelle de la justice étatique. Tout au plus en citerons-nous quelques unes, en renvoyant pour le reste aux réformes déjà entreprises en ce sens par l'État malien dans le cadre du PRODEJ. Les travaux du FMA ont ainsi insisté sur la nécessité:

- de mieux et plus diffuser les textes législatifs et réglementaires sur le foncier;
- de veiller à l'application correcte des textes sur l'assistance judiciaire pour les personnes défavorisées et d'informer les citoyens sur les frais de justice;
- de simplifier le langage juridique et d'informer sur le fonctionnement du système judiciaire à travers des supports accessibles;
- de mettre en place des centres d'accès au droit pour faciliter l'accès à l'information sur la justice;
- d'institutionnaliser et de pérenniser des « *journées portes ouvertes* » sur la justice;
- de veiller au respect strict des règles de déontologie par les acteurs de la justice étatique;
- de garantir une meilleure répartition des juridictions sur le territoire;
- d'établir des délais légaux de délivrance de la justice par catégories d'affaires;
- de mettre en cohérence les textes législatifs et réglementaires applicables en matière foncière;
- de consolider les capacités des associations de défense et d'information des citoyens sur tout le territoire

En revanche, l'observation des pratiques des acteurs et des tentatives de l'État de mieux réguler le pluralisme laisse voir une importante marge d'innovation susceptible d'améliorer sensiblement les droits des citoyens. Les propositions et pistes retenues ne répondent pas à tous les enjeux et à toutes les difficultés liées à l'existence d'une situation de pluralisme; loin s'en faut. Mais elles nous semblent intéressantes par leur vertu pédagogique, leur fort potentiel prescriptif et surtout par leur capacité à valoriser les effets positifs des phénomènes d'inter-normativité. Certaines d'entre elles ne concernent

que les procédés extra-étatiques de règlement des litiges fonciers; leur intérêt est de démontrer que leur mobilisation est de nature à renforcer leur complémentarité avec la justice étatique et leur capacité à répondre aux exigences de protection des droits des citoyens.

Par ailleurs, il faut préciser que l'usage du terme « justice », en tant qu'institution, est un abus de langage en ce qui concerne les procédés extra-étatiques de règlement des conflits fonciers. Certains procédés correspondent effectivement à des modes de règlement judiciaire. Il en est ainsi lorsque le conflit est tranché par une autorité à laquelle est reconnu un pouvoir de juridiction, de dire le droit par application d'une norme particulière (exemple du Cadi ou du Hogon). En revanche d'autres procédés ne relèvent pas d'un quelconque pouvoir de juridiction et constituent des mécanismes, ad hoc ou durables, formels ou informels, permettant de sortir d'un conflit. Ils correspondent davantage à ce que l'on appelle communément la médiation sociale (extensivement on pourrait y inclure la négociation et la conciliation). La différence avec les procédés judiciaires extra-étatiques réside alors principalement dans le fait que la solution est le résultat d'un consensus et non la mise en application d'une norme prédéterminée qui le conditionne.

Sous réserve de ces précisions, il est possible de présenter les propositions et pistes de réflexion en quatre catégories. Les trois premières résultent des tentatives pour une meilleure formalisation de la régulation du pluralisme alors que la quatrième vise à laisser un champ plus ou moins vaste à des possibilités de régulation spontanée et informelle du pluralisme.

IV.1. Créer des passerelles entre justice étatique et procédés extra-étatiques de règlement des conflits fonciers

Deux modèles d'inspiration : La loi portant Charte pastorale et la loi d'orientation agricole

Des efforts ont été accomplis par l'État malien pour créer des ponts entre la justice étatique et les autres procédés de règlement des conflits. Ainsi la *Loi N°01-004 du 27 février 2001 portant Charte pastorale en République du Mali* reconnaît explicitement le rôle des instances locales dans la prévention et la résolution des conflits liés aux activités pastorales, conflits dont les expériences montrent qu'ils peuvent être liés au foncier. Elle fait obligation aux collectivités territoriales « *de collaborer avec les autres acteurs concernés par la gestion des ressources naturelles* » pour prévenir les conflits, notamment en favorisant « *les rencontres intercommunautaires d'échange et de dialogue* » et en assurant l'information desdits acteurs¹³. Mais surtout, l'article 60 de cette loi prévoit, après avoir précisé que « *les conflits liés à l'exploitation des ressources pastorales sont réglés par voie judiciaire* », que « **le recours aux juridictions compétentes doit être précédé d'un arbitrage des instances locales de gestion des conflits** ». Enfin, selon l'article 61, « *Les Collectivités Territoriales, les autorités administratives, les Chambres d'Agriculture et les services techniques doivent prêter leur concours et leur assistance à la gestion des conflits liés à l'exploitation des ressources pastorales* ».

De même, la loi N°06-045 du 5 septembre 2006 portant Loi d'Orientation Agricole valorise la conciliation par voie de médiation en matière de conflits fonciers. Elle prévoit à l'article 79 la création de commissions foncières communales et locales dont la composition, fixée par décret, associe divers acteurs locaux et étatiques. Plus fondamentalement, l'article 80 prévoit que : « **Les parties à un litige foncier agricole sont tenues, préalablement à la saisine des juridictions compétentes, de soumettre l'objet de leur différend à l'arbitrage des commissions foncières agricoles visées à l'article 79 (alinéa 1). Lorsque la conciliation entreprise termine le différend, la commission foncière établit un procès verbal de conciliation qui sera homologué par le juge compétent à la requête de la partie diligente** » (alinéa 2).

Limités à des domaines particuliers, ces textes constituent une illustration de la mise en œuvre d'un pluralisme de subordination dans un système juridique purement moniste. C'est la loi étatique qui intègre dans le droit positif des éléments de pluralité juridique et définit unilatéralement les rapports qu'ils entretiennent avec l'ordre juridique étatique sous le registre de la hiérarchie. Néanmoins, et malgré leurs insuffisances¹⁴, ces deux lois donnent des indications sur la manière d'articuler des procédés pluriels de règlement des conflits, indications pouvant servir à préciser les modalités de la création de passerelles entre justice étatique et « *justice* » extra-étatique.

¹³ Article 59

¹⁴ La loi portant Charte pastorale ne définit pas les instances locales de gestion des conflits et jusqu'où s'étendent leurs rôles et compétences pour cet arbitrage. Le manque de clarté dans la définition des rôles des différentes parties peut rendre la prise d'initiative difficile et incohérente entre les différents acteurs cités dans les articles 60 et 61 (Guide juridique, les ressources pastorales, Edition 2007, P.15.). Toutefois, l'absence de définition des instances locales comporte les qualités de ce défaut dans le sens où la souplesse qu'elle implique laisse des marges d'adaptation à tous les contextes locaux, permet l'intervention de tous types d'instances locales librement constituées par les acteurs locaux, ce qui est de nature à favoriser la légitimité de ces instances.

De même, la notion de « litige foncier agricole » retenue par la L.O.A. n'est pas précisée; les conditions de l'homologation du compromis ne sont déterminées, notamment si le juge de l'homologation dispose d'un pouvoir de contrôle et, le cas échéant, la portée de ce contrôle. Les discussions du FMA ont relevé la nécessité de compléter le dispositif légal et d'en évaluer le fonctionnement.

Enjeux

Les initiatives législatives en matière de ressources pastorales et de conflits fonciers agricoles laissent entrevoir les intérêts des passerelles créées entre la justice étatique et les procédés extrajudiciaires de résolution des litiges. Le premier enjeu est fort évidemment la complémentarité assumée par l'État lui-même entre ses propres juridictions et d'autres instances sociales de résolution des conflits. Cette complémentarité ordonnée contribue à améliorer l'accessibilité à la justice (surtout le droit pour le citoyen de soumettre son différend à une instance neutre, fût-elle extérieure aux organes judiciaires étatiques) et évite les recours parallèles. Aussi, dans un environnement où le désengorgement des juridictions est un défi majeur, il n'y a aucun doute que l'obligation de soumettre les litiges à la médiation préalablement à toute saisine des juridictions est un facteur décisif d'allègement des juridictions étatiques.

Le deuxième enjeu réside dans tous les avantages de la procédure de médiation : rapidité, simplicité, coûts limités, souplesse du résultat mieux accepté....

En troisième lieu, et cela est explicite dans la loi portant Charte pastorale, l'État crée l'obligation pour les collectivités territoriales d'instituer un dialogue entre les acteurs locaux et celle, pour d'autres acteurs nommément cités, de prêter leur concours à la résolution des conflits par les instances locales. On a vu combien ces espaces de rencontre sont susceptibles de donner lieu à une régulation spontanée de l'inter-normativité par hybridation des juridicités en présence, au-delà du fait qu'ils favorisent la connaissance mutuelle entre des acteurs relevant d'ordres normatifs différents.

Plus décisivement enfin, c'est le fait même que ces procédures de médiation soient explicitement reconnues qui constitue un facteur de nature à renforcer la sécurité de la médiation, sécurité d'autant plus grande que les compromis qui en sont issus font l'objet d'une homologation judiciaire, en tout cas du moins dans le cadre de la LOA, une telle procédure d'homologation n'étant pas prévue par la Charte pastorale.

Modalités

1) Appliquer le principe de subsidiarité entre la justice étatique et les autres instances de résolution des litiges en fonction de chaque catégorie de conflit¹⁵

Le choix du mode de résolution des conflits peut être guidé par la nature de chaque conflit. L'analyse des expériences confirme de ce point de vue la validité d'une classification des conflits en trois catégories¹⁶ : « *les conflits intra-communautaires* », les « *conflits extracommunautaires relevant du domaine public* » et donc de l'État et les conflits « *en rapport avec les deux tableaux* » c'est-à-dire qui touchent « *aux relations entre les groupes mais qui relèvent plus de la restauration du lien social que de la sanction étatique* »¹⁷.

La classification des conflits laisse entrevoir l'usage qui peut potentiellement en être faite en termes de coordination du pluralisme. Tout d'abord, dans les conflits des première et troisième catégories, les instances de médiation sociale peuvent constituer une sorte de « *juridiction du premier degré* ». La création des instances de médiation et leur mode de fonctionnement seraient alors libre, à l'image de ce que prévoit, implicitement, la loi portant Charte pastorale. Ensuite on peut tout aussi bien concevoir que l'État lui-même, voire les collectivités infra-étatiques, puisse créer des instances, permanentes ou *ad hoc*, dont il fixerait la composition, les attributions et les règles de fonctionnement. C'est le procédé utilisé par la loi d'orientation agricole avec les commissions foncières locales et communales.

¹⁵ Voir, cahier de propositions n° 2010-5, ARGA, www.afrique-gouvernance.net

¹⁶ Nous reprenons à notre compte cette classification opérée par E. Le Roy, C. Kuyu et K. Conde, Rapport d'une enquête anthropologique réalisée en mars 1996 pour le Ministère de la Justice, République de Guinée, Paris, LAJP, mars 1996, 43 p. annexes.

¹⁷ La première catégorie regroupe des conflits mineurs dont la résolution peut relever de la médiation sociale ou de la justice coutumière. Il s'agit essentiellement des cas où les droits coutumiers sont encore prégnants (foncier, relations familiales notamment) mais aussi de certaines infractions d'une gravité mineure (sorcellerie, petits vols). Dans la deuxième catégorie, on rangerait les conflits relevant nécessairement de la justice étatique. Seraient notamment concernées les graves infractions pénales comme le meurtre ou les violences. Enfin la troisième catégorie de conflits concernerait les conflits communautaires ou collectifs, par exemple les conflits entre agriculteurs et éleveurs ou les conflits entre villages.

2) Généraliser l'obligation de recours préalable aux instances extra-étatiques avant la saisine des juridictions étatiques

Modalité déjà prévue par la LOA et la Charte pastorale, elle constitue une innovation majeure. L'on peut penser qu'une telle obligation peut être étendue au-delà des deux matières visées et en fonction de la catégorisation des conflits proposée. La stratégie pourrait être de monter des chantiers-pilotes d'expérimentation après avoir évalué son efficacité et les difficultés pratiques qu'elle pose. Chaque chantier-pilote serait utilisé dans un domaine particulier et sur une zone déterminée en vue de l'extension graduée et progressive du recours préalable.

3) Prévoir la possibilité de recourir aux instances extra-étatiques même lorsqu'une juridiction étatique a déjà été saisie

Au regard de l'importance des avantages qu'offrent les procédés extra-étatiques de résolution des litiges, l'on peut admettre que même un litige déjà soumis à une juridiction étatique puisse retourner dans le circuit extra-étatique. Pour ce faire, deux voies sont possibles. D'une part, on peut accorder au juge étatique compétent la faculté de soumettre, de son propre chef, et éventuellement à des conditions à déterminer, le litige à une instance extrajudiciaire. D'autre part, l'initiative pourrait aussi provenir de l'une ou des deux parties; dans le second cas, on pourrait imaginer que le juge soit tenu par l'accord des parties, alors que dans le premier, il aurait une marge d'appréciation de l'opportunité de saisir une instance extra-étatique. En toutes hypothèses, l'entente issue de l'arbitrage de cette instance serait soumise à homologation.

4) Généraliser la procédure d'homologation judiciaire des résolutions de médiation

Cette mesure vise certes à sécuriser les ententes issues des procédés de médiation, mais elle crée un lien entre les instances extra-étatiques et la justice étatique. Son existence est aussi l'expression d'une hiérarchie en faveur de la justice étatique. Prévue dans la LOA, on peut imaginer son extension progressive à d'autres domaines, comme celui de la Charte pastorale ou encore aux litiges familiaux. Elle nécessite toutefois que les pouvoirs du juge de l'homologation soient davantage précisés. Sans prétendre à une réponse unique, les termes du choix peuvent être résumés. Soit il s'agit d'un véritable pouvoir de contrôle dont l'étendue resterait à être déterminée (certains aspects de la question seront présentés avec la proposition relative à la sécurisation de la médiation), soit il s'agit d'une procédure simple de validation sans contrôle dont l'objectif est de fixer définitivement les termes de la résolution et les droits qui en résultent pour les parties et d'en assurer l'exécution.

IV.2. Garantir la sécurité judiciaire et juridique dans une situation de pluralisme

Enjeux

L'analyse du contexte malien a permis de voir combien la situation de pluralisme est source d'insécurité lorsque la pluralité d'ordres normatifs est instrumentalisée à mauvais escient et que cette pluralité n'est utilisée que sur le registre du conflit en l'absence de mécanismes de coordination. À partir des expériences collectées, il apparaît nettement que lorsque le dialogue, formalisé ou non, est créé entre les normativités, il est susceptible de contribuer à la pacification des rapports sociaux. En ce sens, la loi portant Charte pastorale pose les prémices de ce dialogue qui peut être porté sur le terrain normatif en raison de la généralité des termes utilisés.

Le premier enjeu est celui de la sécurité juridique. Il renvoie particulièrement à la précarité des droits sur la terre, précarité résultant des conflits entre droit étatique et droits coutumiers, du *désordre juridique* créé par les législations étatiques, des conflits d'autorités... Il importe par conséquent de créer les conditions d'une meilleure transparence et d'une meilleure prévisibilité des normes, afin qu'elles soient connues, ce qui permettrait de prévenir la survenance de conflits sociaux.

Le deuxième enjeu est celui de la sécurité judiciaire. Aux décisions de la justice étatique inexécutées ou dont l'application est génératrice de tensions, s'ajoutent les potentielles remises en cause récurrentes des décisions des justices coutumières ou des résolutions de médiation sociale. À quoi s'ajoutent les conflits entre les décisions étatiques et celles issues des mécanismes normatifs extra-étatiques.

Enfin la sécurité judiciaire suppose que les différends soient tranchés dans des conditions qui assurent l'équité entre les litigants et protègent leurs droits fondamentaux. Sous ce rapport, se pose la problématique de la conciliation entre les exigences posées par les normes étatiques et les normes internationales pour des « *procès justes et équitables* » d'un côté, et de l'autre, le contenu des normes extra-étatiques ainsi que les conditions de délivrance de la « *justice extra-étatique* ». La mobilisation du mécanisme de l'harmonisation peut ici permettre un rapprochement des principes fondamentaux communs, la création de « *méta-normes* » que toutes les juridictions doivent respecter, tout en gardant une marge d'autonomie dans les procédés de défense des droits fondamentaux.

Les pistes de proposition présentées concernent surtout l'amélioration de la sécurité des normes et décisions relevant des ordres extra-étatiques.

Modalités

1) Garantir la prévisibilité des normes applicables

Cette exigence concerne aussi bien les normes étatiques que les normes coutumières. Du point de vue de l'État, il est nécessaire que tous les textes applicables au régime foncier fassent l'objet d'une harmonisation et d'une politique de communication à l'égard des populations, notamment par une meilleure utilisation des langues nationales. Du point de vue des coutumes, la question souvent posée est celle de leur écriture afin qu'elles soient connues. Des propositions sont faites pour qu'elles soient recensées en vue de concevoir et de valider un répertoire par une commission nationale, à l'issue d'un processus participatif inclusif.

Cependant, la proposition de fixer les coutumes dans le marbre est contestée. L'on fait notamment valoir qu'en plus de leur extrême diversité, les coutumes ne sont pas figées et évoluent très rapidement en fonction des époques et des contextes. L'avantage de leur oralité réside justement dans cette capacité à évoluer et à s'adapter très rapidement aux réalités sociales. De plus, il est invoqué le fait que les dépositaires des coutumes ne connaissent aucune rupture mémorielle liée à leur oralité; en conséquence, le besoin de connaissance des coutumes pèse davantage sur les autorités étatiques. L'on conçoit qu'une meilleure connaissance des coutumes par ces dernières créerait des passerelles cognitives contribuant à une meilleure hybridation avec la normativité étatique.

Une autre variante de l'écriture des coutumes est leur insertion dans le droit positif. La technique est bien connue, mais elle se heurterait aux mêmes critiques. De plus, elle oblige à confier l'application et l'interprétation des coutumes aux agents de l'État et à ses juges, avec le risque que l'interprétation qu'ils en donnent conduise à leur dénaturation.

2) Garantir l'exécution définitive des décisions et résolutions

La mesure concerne aussi bien les décisions de justice que celles issues des procédés extra-étatiques. L'essentiel des propositions touche ces derniers. En plus de la généralisation de la technique de l'homologation, il est évoqué la nécessité de créer un mécanisme de publication des résolutions de médiation afin de contribuer à leur diffusion à une large échelle. Il est même proposé que, pour certains conflits d'une certaine ampleur, des comités de suivi des accords de médiation soient mis en place.

3) Garantir le respect des droits fondamentaux des citoyens par les normes et les conditions de distribution de la justice

Le renforcement de la défense des droits fondamentaux des citoyens est une exigence du monde moderne à laquelle doit être soumis tout système normatif, quel qu'il soit. C'est pourquoi la confrontation entre cette exigence et toutes les normes et toutes les procédures de délivrance de la justice doit conduire à un système de contrôle. Les normes et les procédés extra-étatiques de résolution des conflits, fonciers ou non, ne devraient pas y échapper, au même titre que le droit et la justice étatiques. En l'état actuel des systèmes nationaux, les autorités étatiques pourraient avoir la responsabilité de ce contrôle, *a minima* de compatibilité, *a maxima* de conformité. Ainsi, à l'occasion de la procédure d'homologation dont la généralisation est proposée, le juge effectuerait un contrôle minimal du contenu de la décision ou du compromis et des conditions de son obtention. Ce contrôle minimal ne consisterait pas à reprendre la résolution du conflit ni à vérifier la conformité de la décision avec le droit étatique ; il servirait simplement à relever les cas d'atteinte manifeste à des droits, valeurs ou principes fondamentaux garantis par l'État, par exemple la protection des enfants ou des femmes et, le cas échéant, permettrait de refuser l'homologation.

IV.3. Mobiliser les « passeurs » entre l'ordre étatique et les ordres extra-étatiques

Un modèle d'inspiration : La clinique juridique DEME SO et le conflit entre les villages de Nanguila et Guéléba

Nanguila et Gueleba sont deux villages voisins de la sous-préfecture de Kourouba. Selon l'histoire, dans les années 1916, le chef de village de Nanguila aurait prêté à son neveu un lopin de terre pour y habiter, lui et sa famille, derrière la rivière. Son neveu créa Gueleba ; le reste de la terre revenant au village de Nanguila.

Du fait de l'expansion de ces deux villages, un problème lié à la culture de ce lopin de terre éclata, d'abord en 1936, puis en 1960, en 1969, en 1991 et enfin en 1996. Une plainte fut déposée et un avocat commis par des ressortissants du village de Gueleba à Bamako et ce, après une étude topographique de l'Institut d'Économie Rurale (IER) reconnaissant que le lopin de terre litigieux faisait partie de Guéléba. La procédure civile introduite devant les instances judiciaires aboutit jusqu'à un arrêt de la Cour suprême qui trancha en faveur de Gueleba.

L'application de cette décision provoqua un conflit, le village de Nanguila ne reconnaissant pas le bien fondé de cette décision qui selon eux ne tenait pas compte de l'histoire. Ainsi, à chaque début d'hivernage le conflit reprenait avec une grande violence nécessitant l'intervention de la gendarmerie nationale pour faire régner l'ordre. Ces violences aboutirent en 1996 à l'interpellation du chef de village de Nanguila ainsi que de ses conseillers, soit environ dix sept (17) personnes. Le chef de village décéda à la suite de cette interpellation qu'il considéra comme une humiliation.

Les relations humaines entre les deux villages étaient alors totalement détériorées. Malgré les liens de mariage et de sang existant entre les villages, les habitants ne traversaient plus les villages et n'effectuaient plus les présentations de condoléances lors des décès. Les villages voisins quant à eux avaient pris chacun fait et cause pour le village de Nanguila ou de Gueleba.

Informée par les Para-juristes sur place et avec l'appui de l'ONG 3 AG, la Clinique juridique DEME SO décida de procéder à une médiation.

Sa méthode consista à :

- diffuser auprès des communautés le contenu du Code domaniale et foncier avec un accent particulier sur le règlement des conflits ;
- identifier les acteurs du conflit ;
- identifier les personnes ressources pour un règlement définitif du conflit ;
- rechercher et avoir le soutien des autorités coutumières, administratives, judiciaires et politiques pour son intervention ;
- élaborer un plan de médiation ;
- procéder à la médiation ;
- organiser une cérémonie officielle de signature de l'accord de paix ;
- et enfin, mettre en place un comité suivi de l'accord

Depuis 1998 aucun incident n'a été constaté. L'accord de paix conclut par voie de médiation sociale consacrant le droit d'usage, même non homologué par les autorités judiciaires, a prévalu sur l'arrêt de la Cour suprême tranchant quant à lui en faveur de la commune de Gueleba.

C'est en revanche depuis le mois de février 2009 qu'une action pénale a été introduite par voie de citation à comparaître devant la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Bamako envers dix sept (17) personnes de la commune de Nanguila. En réaction, les deux communes de Nanguila et Gueleba ont décidé d'informer la Cour qu'elles régleront elles-mêmes leur différend

Enjeux

L'existence du pluralisme induit nécessairement que des acteurs jouent le rôle de « *passseurs de normes* » par leur capacité d'entremetteurs entre les systèmes en présence. C'est par leurs interventions que les phénomènes d'inter-normativité aboutissent à des flux multidirectionnels qui reconfigurent les normativités. Ces « *passseurs* » peuvent faciliter les acculturations réciproques entre des cultures diverses. En matière foncière, ils réussissent à importer dans les systèmes coutumiers les exigences et particularités des normes étatiques comme, à l'inverse, ils facilitent les transferts cognitifs vers la normativité étatique, et donc la compréhension réciproque. On les retrouve aussi bien parmi les acteurs relevant de l'ordre étatique que parmi ceux qui relèvent de l'ordre extra-étatique.

Le résultat des jeux de communication interactive entre les normativités dépend de la disponibilité de chaque culture juridique à recevoir des éléments de l'autre. En situation de conflit quasi-permanent, comme cela est observé dans le cas du foncier, les « *passseurs* » contribuent à apaiser les tensions qui résultent des contrariétés de normes. L'enjeu principal de la mobilisation et de la valorisation des « *passseurs de normes* » est donc la pacification des relations d'inter-normativité et, partant, de la société qui devient moins sensible à la brutalité des conflits de normes. Le nombre de conflits fonciers non soumis aux organes de l'État étant impressionnant, il va de soi que l'État a intérêt à mieux comprendre les ordres qui lui sont extérieurs. En retour, dans une situation de domination étatique résultant du monisme hégémonique, les systèmes normatifs extra-étatiques gagnent à ce que leur culture juridique traverse les frontières du système de l'État.

Quels que soient les niveaux de conflits, individualisés ou de groupes, les organisations locales peuvent être des arbitres précieux dans les procédures de médiation, de conciliation et de négociation. Elles peuvent aussi contribuer à prévenir les conflits ou à éviter leur judiciarisation.

Modalités

1) Valoriser le rôle des organisations locales dans la médiation sociale

La loi portant Charte pastorale illustre la possibilité d'une admission formelle du rôle des organisations locales dans la régulation des conflits. Même si cette formalisation juridique n'existe pas, les initiatives qui témoignent de ce rôle sont innombrables. Il est

possible qu'à chaque échelle, ces organisations soient répertoriées afin de solliciter leur intervention à chaque fois que de besoin par les acteurs locaux.

2) Accorder un statut juridique aux para-juristes

L'expérience de la clinique juridique DEME SO montre que les para-juristes sont des « *passseurs* » particuliers. Tout en n'étant pas des professionnels du droit, ils contribuent à sa divulgation sociale. Même si leur volonté est d'être au service du droit étatique, il s'avère en réalité qu'ils constituent une interface susceptible de reconfigurer celui-ci en le mettant au contact des réalités. Le cas du conflit entre les villages de Nanguila et Guéléba montre bien qu'en l'espèce, c'est le droit étatique et les décisions rendues par les juridictions qui se sont effacés au profit d'une solution négociée.

Accorder aux para-juristes un statut clairement défini permettrait à l'État malien, de combler les inconvénients liés au déficit de personnel de justice. Ce statut pourrait définir les personnes pouvant avoir la qualité de para-juriste, les critères de leur sélection, leurs missions, leurs droits et obligations, les conditions de leur intervention et la manière de sécuriser les résultats de leur médiation par la procédure d'homologation judiciaire.

Table des matières

I.	Introduction : présentation de la séance	1
II.	Le contexte : une situation de pluralisme opposant le Mali légal et le Mali réel et source d'insécurité.....	4
II.1.	Une justice étatique délaissée.....	4
II.2.	Une situation de pluralisme judiciaire et juridique dans un État moniste.....	5
II.3.	Un pluralisme judiciaire et juridique source d'insécurité	7
III.	Le cadre d'analyse : réordonner le pluralisme sous le prisme de la gouvernance pour renforcer la légitimité, l'effectivité et l'efficacité des Justices et des Droits	9
III.1.	Promouvoir la complémentarité et non l'opposition des juridictions	9
III.2.	Changer de paradigme : construire l'unité dans la diversité et non la diversité dans l'unité	13
III.3.	Analyser les situations de pluralisme juridique et judiciaire sous le prisme de la gouvernance.....	14
III.4.	Définir les mécanismes et les principes de la coordination des juridictions.....	15
IV.	Propositions et pistes de réflexion fondées sur les expériences	17
IV.1.	Créer des passerelles entre justice étatique et procédés extra-étatiques de règlement des conflits fonciers.....	19
Enjeux		20
Modalités.....		21
1)	Appliquer le principe de subsidiarité entre la justice étatique et les autres instances de résolution des litiges en fonction de chaque catégorie de conflit	21
2)	Généraliser l'obligation de recours préalable aux instances extra-étatiques avant la saisine des juridictions étatiques	22
3)	Prévoir la possibilité de recourir aux instances extra-étatiques même lorsqu'une juridiction étatique a déjà été saisie	22
4)	Généraliser la procédure d'homologation judiciaire des résolutions de médiation	22
IV.2.	Garantir la sécurité judiciaire et juridique dans une situation de pluralisme.....	23
Enjeux		23
Modalités.....		24
1)	Garantir la prévisibilité des normes applicables	24

2) Garantir l'exécution définitive des décisions et résolutions	24
3) Garantir le respect des droits fondamentaux des citoyens par les normes et les conditions de distribution de la justice	25
IV.3. Mobiliser les « passeurs » entre l'ordre étatique et les ordres extra-étatiques	26
Enjeux	27
Modalités.....	27
1) Valoriser le rôle des organisations locales dans la médiation sociale.....	27
2) Accorder un statut juridique aux para-juristes	28